

**DIE DELEGATION
VON RECHTSETZUNGSKOMPETENZEN
VOM BUND AN DIE KANTONE**

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Werner Latscha

von Zürich

Genehmigt auf Antrag

von Herrn Prof. Dr. Z. Giacometti

Verlag P. G. Keller Winterthur 1953

DIE DELEGATION
VON RECHTSETZUNGSKOMPETENZEN
VOM BUND AN DIE KANTONE

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Werner Latscha

von Zürich

Genehmigt auf Antrag

von Herrn Prof. Dr. Z. Giacometti

Verlag P. G. Keller Winterthur 1953

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 17. Mai 1952.

Der Dekan:

Prof. Dr. W. Bickel



MEINEN LIEBEN ELTERN

Inhaltsverzeichnis.

§ 1	Einleitung	1
1. Kapitel:		
<i>Die Delegation von Rechtsetzungs-Kompetenzen vom Bund an die Kantone als Problem des schweizerischen Bundesstaates</i>		
§ 2	Die Verfassungsmässigkeit der Gesetzesdelegation vom Bund an die Kantone	4
	I. Die Delegation unter obersten Staatsorganen	5
	II. Die Delegation vom Bund an die Kantone	7
	III. Die Weiterübertragung der delegierten Gesetzgebungsbefugnisse an die Gemeinden	12
§ 3	Die bundesrechtlichen Vorbehalte zugunsten der Kantone als Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen	14
	I. Die echten Vorbehalte sind keine Ausnahmen vom Prinzip der Vollständigkeit einer bundesrechtlichen Regelung	14
	II. Die Frage der Zurechnung der vom Delegataren gesetzten Normen	16
	III. Die Delegationen zugunsten der Kantone sind in der Regel keine konservierenden Vorbehalte	18
§ 4	Die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation in den verschiedenen Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes	19
	I. Im Bereiche der Bundeskompetenzen mit nachträglich derogierender Kraft	20
	II. Im Bereiche der Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogierender Kraft	23
§ 5	Die Form der bundesrechtlichen Vorbehalte	24
2. Kapitel:		
<i>Die Anwendungsfälle der Delegation von Rechtsetzungs-kompetenzen vom Bund an die Kantone in der Bundesgesetzgebung.</i>		
1. Abschnitt: Die deklaratorischen Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts.		

§ 6	Vorbehalt und verfassungsmässige Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen	30
	I. Die unechten Vorbehalte als Verweise auf die verfassungsmässige Zuständigkeit der Kantone	31
	II. Die materiellen bundesrechtlichen Normativvorschriften im verfassungsmässigen Zuständigkeitsbereich der Kantone	35
§ 7	Gesetzesdelegation und Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes	38
	I. Das Wesen der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen ..	38
	II. Die Unmöglichkeit konstitutiver Vorbehalte im Bereich der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen	39
	III. Die Zuständigkeit zum Erlass von Vollziehungsverordnungen	42
§ 8	Die kodifikationsbegrenzenden Vorbehalte	44
	2. Abschnitt: Die konstitutiven Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts.	
§ 9	Das ergänzende kantonale Recht	51
§ 10	Das ersetzende kantonale Recht	56
	I. Das subsidiäre Bundesrecht im allgemeinen	56
	II. Das subsidiäre Bundesrecht in der Bundesgesetzgebung ..	60
§ 11	Die obligatorischen Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts ..	62
	I. Die obligatorischen Vorbehalte als Ausdruck des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen in der Gesetzgebung	62
	II. Die formell-rechtlichen obligatorischen Vorbehalte in der Bundesgesetzgebung	68
	III. Die materiell-rechtlichen obligatorischen Vorbehalte in der Bundesgesetzgebung	69
§ 12	Das suspensiv-bedingte Bundesrecht	70
	I. Der als Bedingung ausersehene Staatsakt beruht auf dem eigenen Zuständigkeitsbereich der Kantone	71
	II. Mit dem suspensiv-bedingten Bundesrecht kann eine Erweiterung des kantonalen Zuständigkeitsbereiches verbunden sein	72
	3. Abschnitt: Das Ausfüllen der bundesrechtlichen Vorbehalte durch die Kantone.	
§ 13	Das Ausfüllen der bundesrechtlichen Vorbehalte durch die Kantone	75
	I. Das Ausfüllen durch Gewohnheitsrecht	75

II. Das Ausfüllen durch das bisherige kantonale Recht	80
III. Die Freiheit der Kantone in der gesetzgeberischen Ausgestaltung der vorbehaltenen Materien	82

3. Kapitel:

Die kantonale Rechtsetzung im übertragenen Wirkungskreis.

§ 14 Die Rechtsetzung der Kantone als Organe des Bundes	84
I. Die Kantone als Organe des Bundes im engern und im weitem Sinne	84
II. Das von den Kantonen bei der Rechtsetzung im übertragenen Wirkungskreis einzuhaltende Rechtserzeugungsverfahren	86
§ 15 Die derogatorische Kraft des von den Kantonen kraft bundesrechtlicher Delegation gesetzten Rechts	98
§ 16 Der Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone und das Problem der Delegation	102
I. Der Vollzug des Bundesrechts als ein verfassungsmässiger Anspruch der Kantone	102
II. Die bundesgesetzmässigen Vollziehungsbefugnisse der Kantone	111
III. Zusammenfassung	113
Literaturverzeichnis	115
Abkürzungsverzeichnis	118



Digitized by the Internet Archive
in 2026

§ 1. Einleitung.

Der schweizerische Bundesstaat ist — wie der europäische Bundesstaatstyp überhaupt¹ — auf der Grundlage eines engen Zusammenwirkens von Zentral- und Gliedstaaten aufgebaut. Eine reinliche Ausscheidung der staatlichen Aufgaben zwischen Bund und Gliedern² findet sich daher in unserem Bundesstaatsrecht in den wenigsten Fällen. So hat in der durch die schweizerische Bundesverfassung vorgenommenen Kompetenzverteilung der in den Vereinigten Staaten von Nordamerika herrschende Grundsatz keine allgemeine Aufnahme gefunden, wonach der Zentralstaat in den ihm übertragenen Rechtsetzungsmaterien auch die Rechtsverwirklichung durch Schaffung eines eigenen Behördenapparates selbst an die Hand zu nehmen hat. Eine solche vollständige Kompetenz des Bundes³ bildet im schweizerischen Bundesstaatsrecht vielmehr die Ausnahme.

Die sich aus der Verfassung ergebende Aufteilung der Rechtsetzungs- und Vollziehungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen weist ein recht buntes Bild auf und lässt sich folgendermassen zusammenfassen⁴:

1. Dem Bund obliegt in einer bestimmten Materie sowohl die Gesetzgebung als auch der Vollzug.
2. Die Gesetzgebung ist Sache des Bundes, während der Vollzug von Verfassungs wegen vollumfänglich oder nur teilweise den Kantonen überlassen bleibt.
3. Die Gesetzgebungskompetenz hat in einer bestimmten Materie eine Aufteilung zwischen Bund und Kantonen erfahren, der Vollzug bleibt jedoch den Kantonen vorbehalten (Grundsatzgesetzgebungskompetenzen).
4. Der verfassungsmässige Zuständigkeitsbereich der Kantone erstreckt sich sowohl auf die Gesetzgebung als auch auf den Vollzug.

¹ Fleiner Rechtsordnung 11. Vgl. neuerdings z. B. Art. 85 des Bonner Grundgesetzes, dessen 1. Absatz lautet: „Führen die Länder die Bundesgesetze im Auftrag des Bundes aus, so bleibt die Einrichtung der Behörden Angelegenheit der Länder, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen“.

² Wie dies in den Vereinigten Staaten von Amerika fast undurchbrochen durchgeführt ist. Fleiner Unitarismus 9, Rechtsordnung 4, 9, 11, Sträuli 10, Droeven 62.

³ Sträuli 77.

⁴ Vgl. hierzu Fleiner Bundesstaatsrecht 49, Fleiner/Giacometti 65 ff., Nawiasky Aufbau 12 f., Bundesstaat 51 ff. Der von Nawiasky angeführte Fall des Vollzugs der kantonalen Gesetzgebung durch den Bund ist praktisch von geringer Bedeutung und interessiert in diesem Zusammenhang nicht. Hierüber Anwendungsfälle aus der Praxis bei Volkart 101 ff. Siehe weiter auch Sträuli 10, Droeven 63.

Eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung vermag aber noch nicht alle Möglichkeiten des Ineinandergreifens der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen in Vollzug und Gesetzgebung zu erschöpfen. Das der Kompetenzaufteilung der BV zugrunde liegende System der gegenseitigen Durchdringung⁵ wirkt sich nämlich auch auf der Stufe der Bundesgesetzgebung aus, und dort ist es, wo dieses Prinzip seine volle Ausbildung erfahren hat. So wird der Bundesgesetzgeber gestützt auf Art. 102 Ziff. 13 BV ganz allgemein als befugt erklärt, in all den Materien die Rechtsverwirklichung den Kantonen zu überlassen, für die ihm der Vollzug durch eigene Behörden nicht von Verfassungs wegen zur Pflicht gemacht wurde. Vielfach wird sogar die Ansicht vertreten, dass den Kantonen nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein gewisses Recht auf Mitwirkung am Vollzug des Bundesrechts zustehe⁶. Eine weitere Abstufung im Ineinandergreifen des gegenseitigen Zuständigkeitsbereiches ist darin zu erblicken, dass die den Kantonen überlassenen Vollziehungsbefugnisse von Fall zu Fall einen ganz verschiedenen Umfang aufweisen.

Zusammen mit diesen Vollzugskompetenzen wird den Kantonen aber mittelst einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen meist auch eine gewisse Kompetenz zum Erlass von Vorschriften des formellen Rechts übertragen. Die Aufteilung der verfassungsmässigen Rechtsetzungsbefugnisse des Bundes unter Zentralstaat und Gliedstaaten auf der Stufe der Bundesgesetzgebung erschöpft sich aber nach der Praxis keineswegs darin, dass der Bund sich mit der Setzung des materiellen Rechts begnügt und den Erlass der formellen Vorschriften in gewissem Umfang den Kantonen überträgt. Auch im Bereiche des materiellen Rechts verzichtet der Bund oft darauf, von einer Gesetzgebungskompetenz abschliessend Gebrauch zu machen und lässt somit die ursprüngliche verfassungsmässige Kompetenz der Kantone in diesem Umfang weiterbestehen. Des weiteren räumt der Bundesgesetzgeber auch im Rahmen einer Vollständigkeit beanspruchenden bundesrechtlichen Regelung durch die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Kantone diesen einen gewissen Einfluss auf die Ausgestaltung gewisser Materien ein. Bald macht der Bundesgesetzgeber dabei den Kantonen ein bestimmtes gesetzgeberisches Vorgehen zur Pflicht, bald ermächtigt er sie lediglich, das Bundesrecht in mehr oder weniger beschränktem Masse ergänzendes kantonales Recht zu schaffen. In anderen Fällen wiederum beanspruchen die bundesrechtlichen Normen nur mangels eines entgegenstehenden kantonalen Erlasses Geltung. Weiter kann der Bundesgesetzgeber die Vollziehbarkeit des Bundesrechts von einem zustimmenden kantonalen Staatsakt abhängen lassen.

⁵ Fleiner Rechtsordnung 9, Droeve 62.

⁶ Fleiner Unitarismus 10, Fleiner/Giacometti 67: „Nach der Ansicht des Bundesverfassungsgesetzgebers von 1848 und 1874 sollte die Eidgenossenschaft nur diejenigen Angelegenheiten besorgen, zu deren Wahrnehmung die Kantone nicht mehr in der Lage waren ...“ Siehe hierzu auch unten § 16 zu Anm. 57.

Der hier nur angetönten vertikalen Aufteilung⁷ der Rechtsetzungsbefugnisse zwischen Bund und Kantonen sollen die folgenden Betrachtungen gewidmet sein. Zuerst werden wir uns mit der Frage der Verfassungsmässigkeit dieser Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone durch die einfache Bundesgesetzgebung auseinandersetzen. Anschliessend soll eine Klassifizierung der verschiedenen Delegationsfälle versucht werden, und endlich kommen in einem letzten Abschnitt die im Zusammenhang mit dieser Delegation von Rechtsetzungskompetenzen auftretenden verschiedenartigen Probleme zur Behandlung.

⁷ Droeven 64.

1. Kapitel:

DIE DELEGATION VON RECHTSETZUNGS-KOMPETENZEN VOM BUND AN DIE KANTONE ALS PROBLEM DES SCHWEIZERISCHEN BUNDESSTAATES.

§ 2. Die Verfassungsmässigkeit der Gesetzesdelegation vom Bund an die Kantone.

Die Literatur hat sich mit der Frage nach der Zulässigkeit der Delegation von Rechtsetzungskompetenzen unter obersten Staatsorganen, besonders von der Legislative an die Exekutive, schon eingehend befasst¹ und ist in neuerer Zeit, namentlich in der Schweiz, vorwiegend zur Ablehnung der Verfassungsmässigkeit dieser Kompetenzverschiebungen gelangt². Im Gegensatz dazu ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Delegation von Rechtsetzungskompetenzen vom Bund an die Kantone auf dem Wege der einfachen Gesetzgebung, von der europäischen Bundesstaatstheorie gar nie ernstlich in Zweifel gezogen worden³. Ruft diese Überwälzung von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone

¹ Aus der reichlich vorhandenen Literatur nennen wir lediglich Giacometti Gesetzesdelegation, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, Kantone 492 ff., Fleiner/Giacometti 795 ff., Triepel Delegation, Kuhne, F., Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane, Diss. Zürich 1941; Masnata, La délégation de la compétence législative, Diss. Lausanne 1942, Reymond „La Délégation du pouvoir de légiférer“, NZZ No. 2232 v. 22. 10. 1950, Blatt 5.

² Die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation wird neuestens in gewissem Umfange wieder bejaht durch Reymond, allerdings ohne eine befriedigende Antwort auf die Frage nach dem zulässigen Umfang dieser Delegationen geben zu können. Vgl. S. 39. Siehe auch Oswald Gewaltentrennung 498a ff. Die S. 501 angeführten Sicherungsmittel gegen eine missbräuchliche Verwendung der auf Grund einer Delegation übertragenen Befugnisse vermögen diese ihnen zugeschriebene Funktion wohl kaum zu erfüllen.

³ Vgl. z. B. Fleiner/Giacometti 118, 124f, 801 Anm. 25, Nawiasky Bundesstaat 69, Fleiner Rechtsordnung 12, Sträuli 211. Auf den geschichtlichen Ursprung dieses Zusammenwirkens von Bund und Kantonen im Bereiche der Gesetzgebung weist hin: Joos, R., „Die Entstehung und rechtliche Ausgestaltung der Eidgenössischen Tagsatzung bis zur Reformation“, Diss. Zürich 1925, S. 125. Vgl. auch Guhl 14, 93.

einer von derjenigen der Delegation zwischen obersten Staatsorganen abweichenden rechtlichen Behandlung und welches sind die Gründe, die sich für die Verfassungsmässigkeit der uns hier beschäftigenden Kompetenzübertragung anführen lassen? Bevor wir auf diese Frage eintreten, wollen wir uns vorerst kurz die wichtigsten Überlegungen vor Augen führen, die in der neueren staatsrechtlichen Literatur zu einer Verneinung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Delegation unter obersten Staatsorganen geführt haben.

I. Bei der Verteilung der Kompetenzen unter die obersten Staatsorgane liess sich der Verfassungsgesetzgeber von zwei fundamentalen Ideen bestimmen: von der liberalen Idee der Gewaltenteilung und von der demokratischen Idee der Volksgesetzgebung⁴. Dementsprechend übertrug der Verfassungsgesetzgeber die drei staatlichen Funktionen drei verschiedenen Organen und setzte, durch die Schaffung des obligatorischen Verfassungs- und des fakultativen Gesetzesreferendums, die Stimmberechtigten als notwendiges Organ der Verfassungsgesetzgebung, bzw. als virtuelles Organ⁵ der einfachen Gesetzgebung ein. Das Prinzip der Gewaltentrennung hat aber im Bunde keine undurchbrochene Anwendung erfahren. So besitzt nach neuerer Ansicht⁶ der Bundesrat, gestützt auf Art. 102 Ziff. 5 BV, die Kompetenz zum Erlass selbständiger Rechtsverordnungen im Sinne von Vollziehungsverordnungen zu Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen. Darüber hinaus ist der Bundesrat aber als oberste vollziehende und leitende Behörde⁷ auf die verwaltende Tätigkeit beschränkt^{8,9}, während die Rechtsetzung — unter Vorbehalt der Rechte der Stimmberechtigten gemäss Art. 89 BV — der Bundesversammlung übertragen ist¹⁰.

Neben dem selbständigen, generellen Rechtsverordnungsrecht gemäss Art. 102 Ziff. 5 BV übt nun aber der Bundesrat¹¹ noch ein unselbständiges, ihm von Fall zu Fall durch den einfachen Bundesgesetzgeber delegiertes, spezielles Rechtsverordnungsrecht zur Setzung von gesetzesvertretenden Normen aus¹². Lässt sich die Zulässigkeit dieser Delegation, d. h. die Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen von einem Staatsorgan auf

⁴ Darüber Giacometti Verfassungspraxis 75.

⁵ Giacometti Rechtsverordnungsrecht 362.

⁶ Giacometti Delegation 105 f., Kantone 495, Fleiner/Giacometti 794, 801 f., Reymond 29, Reichlin Verfassung 207.

⁷ Giacometti Verfassungspraxis 75, Fleiner/Giacometti 800.

⁸ Daneben besteht also kein selbständiges Verordnungsrecht des Bundesrates, so namentlich keine Kompetenz zum Erlass von Polizeiverordnungen Fleiner/Giacometti 790 ff., SJZ Bd. 31 S. 257 ff. A. A. Schindler SJZ Bd. 31 S. 305 ff.

⁹ Hinsichtlich der Befugnisse des Bundesrates in der Rechtsprechung vgl. Fleiner/Giacometti 590 f.

¹⁰ BV 85 Ziff. 2, Giacometti Rechtsverordnungsrecht 360.

¹¹ Und in geringerem Masse auch die Bundesversammlung und das Bundesgericht. Fleiner/Giacometti 800.

¹² Giacometti Rechtsverordnungsrecht 383, Kantone 493.

ein anderes, verfassungsrechtlich begründen? Die Zusecheidung der Gesetzgebung durch die Verfassung an ein bestimmtes staatliches Organ, bedeutet nicht die Einräumung von subjektiven Rechten an die entsprechenden Organträger; es handelt sich vielmehr um durch das objektive Recht begründete Organpflichten¹³. Damit ist aber auch bereits gesagt, dass die in der Verfassung vorgenommene Zuweisung der Gesetzgebungskompetenzen für das mit dieser Funktion betraute Organ verbindlich ist und es die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung auch nicht durch eine freiwillige Selbstbeschränkung mittelst einer Delegation an andere Staatsorgane abzuändern vermag¹⁴.

Eine solche Verschiebung der verfassungsmässig festgesetzten Kompetenzgrenzen¹⁵ könnte nur in zwei Fällen als zulässig erachtet werden, nämlich wenn die Verfassung die Möglichkeit einer solchen Delegation ausdrücklich vorsehen, oder wenn sie keine erhöhte formelle Gesetzeskraft besitzen würde^{16 17}. Für die schweizerische BV trifft aber weder das eine noch das andere zu. So kann der Bundesverfassung keine ausdrückliche, eine Delegation zulassende Norm entnommen werden¹⁸. Aber auch auf dem Wege der Interpretation lässt sich eine solche Möglichkeit aus der Verfassung nicht ableiten; vielmehr steht einer Delegation das in die BV aufgenommene Prinzip der Trennung der Gewalten entgegen¹⁹. Überdies

¹³ Giacometti Delegation 103, Triepel Delegation 29, Bütikofer 57.

¹⁴ Vgl. darüber Giacometti Delegation 101, 103, Triepel 38.

¹⁵ Vgl. Giacometti Rechtsverordnungsrecht 387 f., Delegation 102, Triepel 110 f. Nicht als eine Kompetenzverschiebung, sondern lediglich als eine mehr oder weniger weitgehende Einräumung von Befugnissen zum Erlass von Ausführungsbestimmungen (also als eine verfassungsmässige Kompetenz), wird die Delegation aufgefasst von Reymond 32. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, in Ausführung der Verfassung die Gesetze zu erlassen, während die Exekutive die Ausführungserlasse zu diesen Gesetzen zu schaffen habe. Das will nach Reymond aber nicht besagen, dass die Exekutive auf den Erlass von sekundären Normen beschränkt ist. Das Gebiet, das dem formellen Gesetz, und dasjenige, welches der Ausführungsverordnung reserviert ist, sei seinem Inhalt nach durch die Verfassung nicht abgegrenzt worden. Es handle sich daher lediglich um eine Frage der Arbeitsteilung (S. 29). Der der legislatorischen Tätigkeit der Exekutive überlassene Raum könne daher so weit sein, dass er auch gesetzesvertretende Erlasse zu umfassen vermöge (S. 30, 37). Die Begriffe Gesetz und Verordnung erleiden dadurch aber eine weitgehende Relativierung.

¹⁶ Aber auch in diesem letzteren Falle wäre eine Delegation in einem allgemeinverbindlichen dringlichen Bundesbeschluss, der ja eine Verordnung ist, verfassungswidrig.

¹⁷ Auf die Unmöglichkeit der Bildung eines entsprechenden Gewohnheitsrechts contra constitutionem weist Giacometti Kantone 494, Fleiner/Giacometti 801 Anm. 25 hin. A. A. Thoma Handbuch II 227, Triepel 120, der S. 112 für den gewalten-teilenden Staat zur Ablehnung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Delegation gelangt, S. 113 aber schreibt, dass in der Praxis ohne Delegation nicht auszukommen sei und daraus folgert, dass ihre Zulässigkeit „irgendwie“ anerkannt werden muss. Das S. 126 von Triepel angeführte „Entlastungsinteresse“ des Gesetzgebers vermag indessen eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit nicht zu begründen.

¹⁸ Giacometti Rechtsverordnungsrecht 389.

¹⁹ Giacometti Rechtsverordnungsrecht 389, Triepel Delegation 112.

sieht die BV für Verfassungsrevisionen das obligatorische Referendum und die Mitwirkung der Kantone vor, während bei der einfachen Gesetzgebung lediglich die Stimmberechtigten als virtuelles Bundesorgan auftreten. Die BV besitzt somit auch eine erhöhte formelle Gesetzeskraft, sie ist, anders ausgedrückt, eine starre²⁰. Eine formelle Abänderung der Verfassung durch einfaches Gesetz ist daher ausgeschlossen²¹.

Darüber hinaus ist die Zulässigkeit einer Delegation von Rechtsetzungskompetenzen durch Bundesgesetz oder allgemein verbindlichen Bundesbeschluss noch aus anderen Überlegungen abzulehnen. Denn durch diese Delegation wird nicht nur das Prinzip der Gewaltentrennung, sondern auch die demokratische Idee der BV, nämlich die Mitwirkungsrechte des Volkes an der Gesetzgebung, verletzt. Die Stimmberechtigten werden je länger je mehr als Organ der einfachen Gesetzgebung ausgeschaltet²². Diese verfassungswidrige Praxis hat aber nicht nur eine Schmälerung der Volksrechte und eine Abwertung des rechtsstaatlichen Gedankens zur Folge. Sie droht vielmehr einen eigentlichen Strukturwandel in unserem Staatswesen heraufzubeschwören: eine Verlagerung des Schwergewichtes von der Legislative zur Exekutive, eine Entwicklung vom gewalten-trennenden zum gewaltenmonistischen Staat²³.

II. Im Gegensatz zu der Delegation von Rechtsetzungsgewalt zwischen obersten Staatsorganen, findet im Fall der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung, eine Selbstbeschränkung des verfassungsmässig zuständigen Organs zugunsten eines anderen Bundesorgans im Sinne der Gewaltenteilungslehre nicht statt²⁴. Die Selbstbeschränkung geht vielmehr zugunsten der Kantone. Diese Art von Delegationen hat, anders ausgedrückt, eine auf Gesetz beruhende Einengung der Bundeskompetenzen und damit verbunden eine entsprechende Erweiterung des kantonalen Zuständigkeitsbereiches zur Folge. Da die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen aber ebenfalls durch die Bundesverfassung vorgenommen wurde, indem sie dem Bund enumerativ gewisse Kompetenzen zuschied und

²⁰ Giacometti Kantone 404, Rechtsverordnungsrecht 389, Fleiner/Giacometti 43. Dies im Gegensatz zu gewissen Kantonsverfassungen. Giacometti Kantone 493 f.

²¹ Giacometti Rechtsverordnungsrecht 390, Thoma Handbuch II 227.

²² Und zwar unfreiwillig, während die Bundesversammlung sich aus freien Stücken ihrer Rechtsetzungsgewalt zugunsten der Exekutive begibt. Nicht zugestimmt werden kann Reymond 39, der ausführt, dass die Delegation als verfassungsrechtlich zulässig zu erachten sei, solange der Delegationsakt dem Referendum unterliegt, da „tout citoyen jouissant du droit de vote peut se prononcer sur chaque délégation en particulier“. Der Stimmbürger kann aber nicht im voraus seine Zustimmung zu einer rechtlichen Regelung geben, deren Ausgestaltung erst noch festgelegt werden muss. Die Unterbreitung eines Rahmen- oder gar eines Blankogesetzes unter die Volksabstimmung würde diese zur blossen Farce stem-peln. Dazu auch Giacometti Gesetzesdelegation 95, Rechtsverordnungsrecht 394.

²³ Giacometti Kantone 493.

²⁴ Vgl. unten II 2 zu Anm. 42.

dadurch negativ auch den kantonalen Zuständigkeitsbereich abgrenzte²⁵, scheint diese Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen durch den Bundesgesetzgeber oder den Bundesverordnungsberechtigten einem Einbruch in die verfassungsmässige Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen gleichzukommen. Neben die Frage nach der Vereinbarkeit der Delegation mit der liberal-demokratischen Struktur unseres Bundesstaates tritt hier somit noch diejenige nach der Verbindlichkeit der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Rechtsetzung.

1. In der europäischen Bundesstaatstheorie herrscht Einigkeit darüber, dass die durch die BV vorgenommene Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen insoweit nur relative Geltung beansprucht, als es dem Bundesgesetzgeber jederzeit zusteht, in gewissem, verfassungsrechtlich nicht näher fixiertem Umfange, Rechtsetzungsbefugnisse auf dem Wege der einfachen Gesetzgebung aus dem dem Bunde verfassungsmässig zustehenden Kompetenzbereich den Kantonen zu überweisen²⁶. Begründet wird diese Auffassung damit, dass der europäische Bundesstaat „auf dem Zusammenwirken von Bund und Gliedern aufgebaut ist“²⁷, was auf die Tatsache zurückgeführt werden muss, dass die Gliedstaaten, geschichtlich betrachtet, die Schöpfer des Bundes sind und sich — ohne ihr eigenstaatliches Dasein aufgeben zu wollen — zur besseren Wahrung ihrer Interessen zu einem Bundesstaat zusammengeschlossen haben²⁸. Auch wird darauf hingewiesen, dass die dem Bund durch die BV zugeschiedenen Kompetenzen lediglich Ermächtigungen an den Bundesgesetzgeber, in dieser Materie tätig zu werden, darstellen, es also ganz in seinem Belieben liege, in welchem Umfange er eine solche Kompetenz selbst in Anspruch nehmen oder den Kantonen Raum gewähren wolle²⁹. Diesen Ansichten ist namentlich unter Berücksichtigung unserer schweizerischen Verhältnisse im Prinzip zuzustimmen³⁰.

²⁵ Unten § 10 I zu Anm. 1.

²⁶ Selbstverständlich werden dadurch die grundsätzlichen verfassungsmässigen Zuständigkeiten des Bundesgesetzgebers nicht tangiert, da dies ja einer Abänderung der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen gleichkäme, eine solche aber nur auf dem Wege der Verfassungsrevision zulässig wäre. Fleiner/Giacometti 121, Sträuli 170. Im Bereich der Vorbehalte befinden wir uns daher in tatsächlicher Hinsicht in der gleichen Situation, wie sie in bezug auf die Bundeskompetenzen mit nachträglich derogatorischer Kraft vor Erlass des geforderten Bundesgesetzes besteht. Dies trifft aber nicht auch in rechtlicher Beziehung zu, da die kantonale Zuständigkeit infolge des Umstandes, dass der Bundesgesetzgeber sich der betreffenden Materie bemächtigt hat, ihren normativen Geltungsgrund nicht mehr in der Verfassung, sondern in der entsprechenden Delegationsnorm besitzt. Dies erkennt Sträuli 164.

²⁷ Fleiner Rechtsordnung 13, ähnlich Sträuli 10, 211, Haenel 230.

²⁸ Droeve 49.

²⁹ In diesem Sinne Fleiner/Giacometti 801 Anm. 25, Haenel 253 ff., 262; vgl. in bezug auf Art. 34ter BV: Schürmann in Verwaltungskurse Bd. 9 S. 55.

³⁰ Die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes sind hinsichtlich ihrer Wirkungskraft und ihrer derogatorischen Kraft sehr verschieden. Über die Zulässigkeit der Delegation in diesen einzelnen Fällen vgl. unten § 4.

Die Eidgenossenschaft kann als Bundesstaat, der sich aus Kantonen zusammensetzt, die verschiedenen Sprach- und Kulturstämmen angehören³¹, überhaupt nur als föderalistische Demokratie lebensfähig sein. Das bedeutet aber, dass der Bund nur dann eine Kompetenz für sich in Anspruch nehmen darf, wenn dies im Interesse des ganzen Landes oder wenigstens eines überwiegenden Teiles desselben unumgänglich geboten scheint³². Weiter ergibt sich daraus, dass der Bund von der ihm auf Grund der modernen wirtschaftlichen und politischen Entwicklung auf Kosten des kantonalen Zuständigkeitsbereiches übertragenen Kompetenzfülle, um seines eigenen Bestandes willen nur so weit selbst Gebrauch machen darf, als dies zur Verwirklichung der der betreffenden Kompetenzzuweisung zugrundeliegenden ratio erforderlich ist. Überall dort, wo eine solche Notwendigkeit nicht besteht, hat der Bund auch weiterhin dem Eigenleben der Kantone möglichst freie Entfaltung zu gewähren. Wenn daher dem Bund durch den Verfassungsgesetzgeber eine Rechtsetzungskompetenz zugeschieden wird, bedeutet der Erlass der Ausführungsgesetzgebung in dieser Materie nicht das Ende der kantonalen Vielgestaltigkeit³³. Eine solche Kompetenzzuteilung stellt vielmehr lediglich eine verbindliche Weisung³⁴ an den Bundesgesetzgeber dar, dieses Rechtsgebiet in dem durch die bundesstaatlichen Interessen gebotenen Masse zu vereinheitlichen und im übrigen den Kantonen, mittelst der Delegation von Rechtsetzungskompetenzen oder durch eine nur teilweise Ausnützung der verfassungsrechtlichen Zuständigkeit, freie Entfaltung zu gewähren. Diese Auffassung findet ihre Stütze in Art. 85 Ziff. 8 und namentlich in Art. 102 Ziff. 13 BV³⁵, die ein enges Zusammenwirken von Bund und Kantonen sowohl auf dem Gebiete der Rechtsetzung, wie auch hinsichtlich des Vollzuges, bei der Ausübung der Bundeskompetenzen voraussetzen. Denn die Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates, die in Art. 102 Ziff. 13 BV ihren Ausdruck gefunden haben, können sich nur auf einen den Kantonen durch die Bundesgesetzgebung übertragenen Wirkungskreis beziehen, da im eigenen verfassungsmässigen Kompetenzbereich der Kantone der Bundesrat auf eine negative Aufsicht beschränkt ist, also nur darüber wachen kann, dass die kantonalen Erlasse nichts der Bundesverfassung oder der Bundesgesetzgebung Widersprechendes enthalten³⁶.

³¹ Giacometti Verfassungspraxis 83; vgl. auch Oswald Gewaltentrennung 419a, Nawiasky in „Das föderalistische Problem“ in Verwaltungskurse Bd. 9 S. 14, ebenda Bürgi 30.

³² Die Aufteilung der Kompetenzen auf der Gesetzesstufe hat sich daher an den gleichen Kriterien zu orientieren, die auch der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung zugrunde liegen, d. h. der Bund hat nur die Aufgaben wahrzunehmen, die über die Kräfte der Kantone hinausgehen. Schürmann, in Verwaltungskurse Bd. 9 S. 46. Siehe auch Burckhardt Kommentar BV S. 14.

³³ Ähnlich Fleiner Rechtsordnung 12. In bezug auf die Verhältnisse im Rahmen der Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft unten § 4 II.

³⁴ Unten § 4 I.

³⁵ Fleiner/Giacometti 123 f., Sträuli 10, 211.

³⁶ Fleiner/Giacometti 130.

2. Ist die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen auch mit dem liberalen Moment der BV, mit der Trennung der Gewalten vereinbar³⁷? Hier ist vorerst ein funktioneller Unterschied zwischen der Delegation unter obersten Staatsorganen und der Delegation vom Bund an die Kantone festzuhalten. Mit der Delegation zwischen obersten Staatsorganen wird bezweckt — dies war zum mindesten der ursprüngliche Sinn —, „das Rechtsetzungsverfahren bei der Regelung rasch wechselnder Verhältnisse zu beschleunigen, das Gesetz von Einzelbestimmungen zu entlasten“³⁸. Die Entwicklung geht nun aber in Richtung einer Konzentrierung der staatlichen Funktionen in der Hand eines einzigen Staatsorganes, nämlich der Exekutive³⁹. Diese Gefahr zeigt sich noch deutlicher, wenn wir uns die modernen, durch die Kriegszeiten und die Weltwirtschaftskrise hervorgerufenen Tendenzen, die in der Delegation zwischen obersten Staatsorganen in immer ausgeprägterem Masse ihren Ausdruck finden, vor Augen halten. Es zeigt sich, dass die Delegationsnormen ihrem Wesen nach immer mehr zu blossen programmatischen Sätzen werden, ähnlich den Verfassungsbestimmungen. „Das Gesetz wird zum Programm von der Art, aber nicht dem rechtlichen Gewicht der Verfassung, während in der Verordnung der gesamte wesentliche Inhalt der materiellen Regelung enthalten ist“⁴⁰. Während diese Delegationsart also gewaltenmonistischen und somit auch einheitsstaatlichen Zielen dient, ist die Funktion der Gesetzesdelegation zwischen Bund und Gliedern eine vollständig entgegengesetzte. Sie ist ein Ausfluss des föderalistischen Gedankens und bezweckt eine eigentliche Dezentralisation der Rechtsetzung. Mit der Überweisung von Rechtsetzungsbefugnissen an die Kantone wird in der Regel der Kompetenzbereich der Kantone als solcher, nicht etwa derjenige eines einzelnen kantonalen Staatsorgans erweitert⁴¹. Welches kantonale Organ dann die dem Kanton durch den Bundesgesetzgeber übertragenen Rechtsetzungsbefugnisse auszuüben hat, ist eine Frage, die sich gleich wie im eigenen, direkt auf der Verfassung beruhenden Wirkungskreis der Kantone, im Prinzip nach dem kantonalen Staatsrecht entscheidet. Da aber die Kantone ihrerseits durchwegs den Grundsatz der Trennung der Gewalten ihren Verfassungen zugrundegelegt haben⁴², wird durch diese Kompetenzverschiebung das liberale Moment der BV

³⁷ Auf den Umstand, dass das Prinzip der Gewaltenteilung auch im Verhältnis von Bund und Gliedern zu beachten ist, weist Giacometti Verfassungsgerichtsbarkeit 19 hin. Über den bundesstaatlichen Aspekt der Gewaltenteilungslehre Droeven 143 f.

³⁸ Giacometti Rechtsverordnungsrecht 393.

³⁹ Und zwar nicht nur hinsichtlich der Rechtsetzung, sondern auch in bezug auf die Rechtsanwendung. Giacometti Verfassungspraxis 75 Anm. 110 a.

⁴⁰ NZZ No. 2232 v. 22. 10. 1950 Bl. 5. Hierzu auch Thoma Handbuch II 239.

⁴¹ Hierzu und zum Folgenden unten § 14 II zu Anm. 15. A. A. Nawiasky Staatsrechtsl.-Tagung 61.

⁴² Giacometti Kantone 276. Über die Durchführung der Gewaltenteilung in den Kantonen auch Flückiger Verwaltungskurse Bd. 12 S. 36 ff.

nicht tangiert⁴³. Die Delegation vom Bund an die Kantone wirkt sich vielmehr als eigentliches Gegengewicht aus gegen die verfassungswidrige Praxis der Verschiebung der verfassungsmässigen Kompetenzgrenzen zwischen obersten Bundesorganen, da durch das Weiterfunktionieren des Prinzips der Gewaltentrennung in den Gliedstaaten der im Bundesstaat praktizierten Abwertung des rechtsstaatlichen Gedankens entgegengewirkt wird.

3. Aber auch hinsichtlich der Verwirklichung der demokratischen Idee der Volksgesetzgebung sind diese beiden Delegationsarten von grundverschiedener Bedeutung. Die Delegation von der Legislative an die Exekutive läuft auf eine Verlagerung des Schwergewichtes vom formellen Gesetz auf die Verordnung hinaus. Sie schliesst eine Beeinträchtigung der verfassungsmässigen Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten in sich. Eine solche, dem demokratischen Prinzip der Bundesverfassung zuwiderlaufende Verschiebung der Rechtsetzungskompetenzen ist für die Delegation vom Bund an die Kantone jedoch nicht charakteristisch, da diese Delegationen sich regelmässig nur an die Kantone als solche, nicht aber an den kantonalen Verwaltungsberechtigten richten⁴⁴. Eine Frage des kantonalen Staatsrechts ist daher, ob mit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Kantone auch eine Verschiebung vom formellen Gesetz zur Verordnung eintritt. Die Kantonsverfassungen sehen nun durchwegs die unmittelbare Demokratie der Verfassungsgesetzgebung, die unmittelbare Demokratie der einfachen Gesetzgebung und, in Durchbrechung des Gewaltentrennungsprinzips, in gewissem Umfange sogar die unmittelbare Demokratie der Verwaltung vor⁴⁵. Das Postulat der direkten Demokratie hat somit in den Kantonen eine weitgehendere Verwirklichung erfahren, als dies im Bunde der Fall ist. Ja man kann in bezug auf die Kantone mit Fug von einem System der Gewaltenvereinigung beim Volke sprechen⁴⁶. Unter diesen Umständen ist die Gefahr, dass durch eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone die Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten geschmälert werden, nicht vorhanden. Das Gegenteil dürfte eher der Fall sein.

4. Zusammenfassend ergibt sich also, dass die auf Gesetz beruhende Erweiterung des kantonalen Zuständigkeitsbereiches mittelst Delegationen von Rechtsetzungskompetenzen von seiten des Bundes, einem der Kompetenzverteilung der Bundesverfassung zugrundeliegenden, aus der föde-

⁴³ Man kann hier daher von einer horizontalen Verschiebung der Gesetzgebungsbefugnisse sprechen. Im Gegensatz dazu stellt die Delegation zwischen Legislative und Exekutive stets eine vertikale Verlagerung dar. Dies übersieht Triepel Delegation 112, der im gewaltenteilenden Staat eine Delegation im Zweifelsfall als unzulässig bezeichnet, und zwar auch im Verhältnis zwischen Bund und Gliedstaaten.

⁴⁴ Hierzu auch unten § 14 II zu Anm. 15.

⁴⁵ Giacometti Kantone 275.

⁴⁶ Giacometti Kantone 275, Oswald Gewaltentrennung 439 a.

ralistischen Struktur unseres Staatswesens fliessenden Postulate entspricht. Diese Delegation schliesst weder eine Verletzung des in der BV enthaltenen liberalen Momentes der Gewaltentrennung, noch der demokratischen Idee der Volksgesetzgebung in sich. Vielmehr trägt sie dank der demokratischen Struktur der Kantone dazu bei, diese fundamentalen Ideen unseres Bundesstaates im Volke weiterhin lebendig zu erhalten und den Gedanken des Rechtsstaates über eine Zeit einheitsstaatlicher Tendenzen im Bunde hinwegzuretten.

III. In diesem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, ob die Kantone selbst von diesen, ihnen durch die Bundesgesetzgebung delegierten Rechtsetzungskompetenzen Gebrauch machen müssen, oder ob sie diese Befugnisse an ihre Gemeinden weiterübertragen können. Eine allgemeine gültige Antwort kann in dieser Frage nicht gegeben werden. Im Prinzip ist aber festzuhalten, dass auch hier die für die Delegation vom Zentralstaat an die Gliedstaaten dargelegten Grundsätze Anwendung finden müssen, fehlt doch in bezug auf das Verhältnis zum übergeordneten Gemeinwesen zwischen Kanton und Gemeinde ein begrifflicher Unterschied⁴⁷. Zur Lösung des hier interessierenden Problems kann aber nicht allein ausschlaggebend sein, dass eine solche Delegation im innerkantonalen Verhältnis überhaupt zulässig ist. Die Kantone sind in dem hier zur Diskussion stehenden Bereiche als Organe i. e. S. des Bundes tätig. Um die Frage nach der Zulässigkeit einer Weiterübertragung der vom Bund an die Kantone delegierten Befugnisse an die Gemeinden beantworten zu können, muss daher auf den Willen des die Delegation aussprechenden Bundeserlasses abgestellt werden.

1. Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts, in denen eine Weiterübertragung der delegierten Kompetenzen an die Gemeinden ausdrücklich ausgeschlossen wäre, sind uns nicht bekannt. Hingegen finden sich zahlreiche Delegationsfälle, von denen ihrem Wesen nach nur die Kantone Gebrauch machen können, eine Weiterübertragung an die Gemeinden also ausgeschlossen ist. Dies trifft immer dann zu, wenn es sich um die Regelung von Verhältnissen handelt, die über den Gemeindebereich hinausgehen⁴⁸.

2. Als Gegenstück dazu sind die bundesrechtlichen Vorbehalte anzuführen, die der Möglichkeit einer Weiterübertragung der den Kantonen eingeräumten Rechtsetzungsbefugnisse an die Gemeinden ausdrücklich

⁴⁷ Fleiner/Giacometti 44, Bütikofer 15 ff. Allerdings beruht die Organisation der Gemeinde nicht auf dem Prinzip der Trennung der Gewalten. Dies vermag auf unsere Betrachtungen indessen keinen Einfluss auszuüben, stellt doch das Gewaltenteilungsprinzip eine Sicherung gegen absolutistische Tendenzen dar. In unseren Gemeinden ist diese liberale Idee aber zugunsten einer weitergehenden Demokratisierung der Ausübung der staatlichen Funktionen zurückgetreten. Hierzu auch Giacometti Kantone 408, Schürmann, in Verwaltungskurse Bd. 9 S. 51, Bütikofer 51.

⁴⁸ Z. B. Handelsregisterverordnung 1/2, ZGB 251/1, 376/2, 466, SchKG 4, Entschuldungsgesetz 42, Tierseuchengesetz 31.

Rechnung tragen⁴⁹, oder die den Kantonen Aufgaben zuweisen, die ihrem Wesen nach einer Regelung durch den Gemeindegesetzgeber rufen⁵⁰.

3. In weitaus den meisten bundesrechtlichen Vorbehalten lassen sich aber für die Beantwortung unserer Frage keine Anhaltspunkte finden. In all diesen Fällen muss angenommen werden, dass mit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Kantone, diese Entscheidung — Rechtsetzung durch die Kantone oder Weiterübertragung an die Gemeinden — nicht vorweggenommen werden wollte. Wie das Staatsrecht der Kantone grundsätzlich darüber zu befinden hat, welches kantonale Organ eine in Ausfüllung eines bundesgesetzlichen Vorbehaltes ergehende Norm zu erlassen hat, ist den Kantonen auch die Entscheidung in der Frage überlassen, ob im Rahmen der bundesrechtlichen Vorbehalte die Gemeinden zur Rechtsetzung herangezogen werden sollen. Diese Befugnis der Gemeinden, innerhalb der kantonalen Verfassung und Gesetze sich rechtsetzend zu betätigen, ist für den eigenen Wirkungskreis der Kantone allgemein anerkannt⁵¹. Mangels entgegenstehender bundesrechtlicher Vorschriften muss dieses Prinzip aber auch für den übertragenen kantonalen Wirkungskreis Geltung haben⁵².

Ausgehend von der Autonomie der Gemeinde und der Tatsache des Nichtbestehens eines begrifflichen Unterschiedes zwischen Kanton und Gemeinde in bezug auf das Verhältnis zum direkt übergeordneten Gemeinwesen, also davon, dass die Gemeinde im Rahmen der kantonalen Verfassung und Gesetze, gleich wie der Kanton innerhalb der BV und der Bundesgesetzgebung, ihre Angelegenheiten selbst ordnen kann, gelangt eine Richtung der Theorie⁵³ zur Eliminierung des Delegationsbegriffes aus dem Verhältnis der kantonalen zur kommunalen Rechtsetzung. Darnach üben die Gemeinden in all den Materien, in denen der Kanton sich nicht rechtsetzend betätigt oder innerhalb seiner Normierung den Gemeinden gewisse Rechtsetzungsbefugnisse überlässt, ihre eigene verfassungs-

⁴⁹ Sträuli 206. Vgl. KUVG 2/2, Lebensmittelgesetz 8/1, Lebensmittelverordnung 21/3.

⁵⁰ So z. B. die Festsetzung der bei Bauten und Grabungen zu beobachtenden Abstände und die Aufstellung weiterer Bauvorschriften gemäss ZGB 686. Hierzu Gmür Kommentar ZGB 686 N. 5, Egger Kommentar ZGB 686 N. 9; ZGB 697, dazu Gmür Kommentar ZGB N. 10, ZGB 702, dazu Gmür Kommentar ZGB N. 12.

⁵¹ Vgl. z. B. KV Zürich 48, Bütikofer 37, Gmür Kommentar ZGB 702 N. 12, Burckhardt Kommentar BV 377, Fleiner „Schranken der Kultusfreiheit“, in ZSR n. F. Bd. 23 S. 34, BGE 49 I 146.

⁵² Sträuli 206. Mit Recht weist Sträuli 207 darauf hin, dass im Falle einer solchen Weiterübertragung die mit einem bundesrechtlichen Vorbehalt verbundenen Normativvorschriften auch die Gemeinden verpflichten. Denn wo der Kanton von seiten des Bundes nur eine beschränkte Kompetenz empfangen hat, kann er sie auch nur als solche den Gemeinden überlassen. So auch Burckhardt II 909/III. Über die Heranziehung der Gemeinden im Kriegswirtschaftsrecht des Bundes Lautner I 83 f.

⁵³ Darüber Bütikofer 59 ff.

mässige Zuständigkeit aus⁵⁴. Ein spezieller Vorbehalt in einem kantonalen Gesetz habe daher lediglich die Bedeutung eines Hinweises auf die Ergänzungsfähigkeit des betreffenden Erlasses. Aber auch auf Grund dieser Theorie gelangen wir im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis: mangels eines entgegenstehenden Rechtssatzes eines übergeordneten Gemeinwesens können im Prinzip die Gemeinden im Bereich bundesrechtlicher Vorbehalte sich ebenfalls rechtsetzend betätigen.

§ 3. Die bundesrechtlichen Vorbehalte zugunsten der Kantone als Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen.

I. Mit der Zuweisung einer neuen, mit ursprünglich derogatorischer Kraft ausgestatteten Kompetenz an den Bundesstaat, oder mit dem Erlass eines Vollständigkeit beanspruchenden Ausführungsgesetzes zu einer Bundeskompetenz mit nachträglich derogierender Kraft¹, geht die bisher bestehende kantonale Zuständigkeit nicht schlechthin unter. Aber ihre Geltung ist nur mehr eine potentielle. Die Aktualität der kantonalen Zuständigkeit wird durch die Zuweisung der betreffenden Materie an den Bund, oder durch den Erlass der die Verfassungsvorschrift ausführenden Gesetzgebung, suspensivbedingt². Dieses potentielle Weiterbestehen der kantonalen Kompetenz und die damit verbundene Möglichkeit, wieder in aktuelle Geltung zu erwachsen, ist eine logische Folgerung aus der bundesstaatlichen Struktur unseres Staatswesens, in dem die Kompetenzaufteilung zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten stets eine lückenlose sein muss. Setzt daher der Bundesgesetzgeber das eine Materie bis anhin normierende Bundesrecht in vollem Umfange oder in Bezug auf gewisse Teilgebiete ausser Kraft, ohne eine entsprechende neue bundesrechtliche Regelung zu

⁵⁴ Dies gilt auch im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen, soweit der Bundesgesetzgeber keine abschliessende Regelung einer Materie geben will. Bütikofer lässt hier aber zwei verschiedenen Fragen die gleiche rechtliche Behandlung angedeihen: der nach der Vollständigkeit der gesetzlichen Regelung und derjenigen nach der Ergänzungsfähigkeit eines als abschliessende Normierung einer Materie geltenden Erlasses des übergeordneten Gemeinwesens. Hierzu unten § 3 I die Kritik an Droeven, der eine ähnliche Stellung in bezug auf die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone einnimmt. Ein blosser Verweis auf die Gemeindeautonomie kann übrigens auch nach Bütikofer 67 dann nicht vorliegen, wenn bereits der Ermächtigung selbst zu entnehmen ist, wie weit das delegierte Organ in seiner Rechtsetzung gehen darf. Vgl. hierzu auch die Ausführungen über die kodifikationsbegrenzenden Vorbehalte, unten § 8, namentlich zu Anm. 16 ff.

¹ Über diese beiden Begriffe unten § 4.

² Suspensiv-bedingt ist aber nur die kantonale Kompetenz als solche, nicht auch die auf ihr beruhende Gesetzgebung. Diese hat vielmehr als vollständig vernichtet zu gelten. Fleiner Rechtsordnung 8 f. Hingegen können wir uns der Folgerung Fleiners, dass sich aus diesem Wiederaufleben der gliedstaatlichen Zuständigkeit ergebe, „dass im Bundesstaat der Gliedstaat — anders als der Gesamtstaat — seine eigenen Zuständigkeiten nicht aus der BV ableitet“, nicht anschliessen.

schaffen, ist die verfassungsmässige Kompetenz der Kantone wieder von neuem gegeben, ohne dass es noch eines besonderen Aktes von seiten des Bundes bedürfte ³.

Diesen Ausfluss des bundesstaatlichen Kompetenzaufteilungsprinzipes wendet Droeven ⁴ entsprechend auf die bundesrechtlichen Vorbehalte zugunsten der Kantone an: durch die Setzung eines Vorbehaltes gebe der Bundesgesetzgeber zu erkennen, in welchen Bereichen er auf die Geltendmachung seiner Kompetenz verzichte und die potentielle Zuständigkeit der Kantone wieder zum Leben erwache.

Wir haben uns hinsichtlich der kodifikationsbegrenzenden Vorbehalte eine ähnliche Konstruktion zu eigen gemacht ⁵. Dabei handelt es sich jedoch stets um ganze Fragenkomplexe, auf deren Normierung der Bund vollumfänglich und nach allen Seiten hin verzichtete. In diesem Bereich ergehende, als unecht zu qualifizierende Vorbehalte, haben lediglich die Funktion, die Grenzen der bundesrechtlichen Regelung aufzuzeigen. Ausserhalb der Reichweite der bundesrechtlichen Normierung üben die Kantone nach wie vor eine resolutiv bedingte aktuelle Zuständigkeit aus. Von einer vorübergehend nur potentiellen Geltung der kantonalrechtlichen Ordnung kann hier keine Rede sein.

Unechte kodifikationsbegrenzende Vorbehalte stellen Ausnahmen vom Prinzip der Vollständigkeit der bundesrechtlichen Regelung dar. Der Bundesgesetzgeber hat in ihrem Bereiche von seiner verfassungsmässigen Kompetenz keinen Gebrauch gemacht. Es ist aber nicht angängig, diese Konstruktion auf schlechthin alle bundesrechtlichen Vorbehalte auszuweiten. In Art. 8 des Bundesgesetzes über die wöchentliche Ruhezeit ist unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit einer vorübergehenden Kürzung oder eines zeitweisen gänzlichen Wegfalls der Ruhezeit der Arbeitnehmer vorgesehen. In Abs. 2 wird den Kantonen das Recht eingeräumt zu bestimmen, dass solche Einschränkungen einer vorgängigen kantonalen Bewilligung bedürfen. Es ist nun wenig einleuchtend, dass in einer Materie, die der Bund in Ausübung seiner verfassungsmässigen Zuständigkeit bis in alle Einzelheiten abschliessend regelt, die den Kantonen vorbehalten, sich auf die Normierung einer Frage von sekundärer Bedeutung erstreckende Rechtsetzungsbefugnis, ihren normativen Geltungsgrund weiterhin in der im übrigen nur potentiell vorhandenen verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone haben soll. Direkt auf der verfassungsmässigen Zuständigkeit

³ Eine formelle Verfassungsänderung wäre lediglich erforderlich im Bereiche der Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft, während im Gebiete der Bundeskompetenzen mit nachträglich derogatorischer Kraft die Kantone einfach wieder in den Besitz einer erneut unter resolutiver Bedingung stehenden Kompetenz gelangen würden.

⁴ Droeven 82 ff. So auch Nawiasky Bundesstaat 69, Guhl 95 Anm. 124. Vgl. hierzu auch oben § 2 III 3 zu Anm. 54. Diese Ansicht scheint von der in der deutschen Bundesstaatsdoktrin vertretenen inspiriert zu sein. Hierzu unten § 15 a Anm. 18.

⁵ Unten § 8.

kann die Rechtsetzung der Kantone nur dann beruhen, wenn ihnen die Möglichkeit zu einer vollständigen rechtlichen Durchdringung eines bestimmten Rechtsgebietes durch die Bundesgesetzgebung gewahrt bleibt. Dies trifft aber dort nicht zu, wo der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz abschliessenden Gebrauch gemacht hat, eine vorbehaltene kantonale Rechtsetzungsbefugnis lediglich als Ergänzung zu der bundesrechtlichen Regelung tritt⁶. Erst zusammen mit der bundesrechtlichen Ordnung sind diese kantonalen Normen einer Konkretisierung fähig. Für sich allein betrachtet hängen sie vollständig in der Luft. Die Schaffung dieser kantonalen Rechtsätze wird durch Bundesrecht der Gesetzes- oder Verordnungsstufe gefordert oder ins Belieben der Kantone gestellt. Sie dienen der Ergänzung der bundesrechtlichen Vorschriften und ihrer Anpassung an die örtlichen Verhältnisse. Ihren normativen Geltungsgrund haben diese partikularen Rechtsätze allein in den sie veranlassenden Bundesnormen. Von einem Weiterbestehen der verfassungsmässigen kantonalen Zuständigkeit kann hier keine Rede sein.

II. Droeven ist auf diese, von uns abgelehnte Konstruktion verfallen, weil nach seiner Ansicht sich zwingend aus dem Wesen der Delegation ergibt, dass das auf Grund einer solchen Ermächtigung gesetzte Recht nur Bundesrecht und unmöglich Gliedstaatsrecht sein könne⁷. Da dieser Autor sich durch eine solche Schlussfolgerung mit der schweizerischen Doktrin und Praxis in Widerspruch versetzt sieht, versucht er den kantonalrechtlichen Charakter der in Frage stehenden Normen auf die oben skizzierte Weise zu retten. Demgegenüber weist Triepel⁸ anhand eingehender Untersuchungen nach, dass die auf Grund einer Delegation ergehenden Akte nie dem Deleganten, sondern nur dem Delegatar zugerechnet werden können. Der Delegatar übt die ihm übertragenen Rechte als seine eigenen und daher auch in eigenem Namen aus. Das von den Kantonen auf Grund einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen erlassene Recht stellt daher immer kantonales Recht dar⁹. Wenn wir im Gegensatz zu Droeven und der von ihm vertretenen Bundesstaatstheorie von Nawiasky die Eigenstaatlichkeit der Kantone ablehnen und sie juristisch als innerstaatliche Herrschaftsverbände qualifizieren¹⁰, kann der Begriff des kantonalen Rechts naturgemäss nicht in beiden Fällen der gleiche sein. Nach der Theorie von Nawiasky

⁶ Die konstitutiven Vorbehalte zugunsten der Kantone stellen keine Ausnahmen vom Prinzip der Vollständigkeit der bundesrechtlichen Regelung dar. Hierzu unten § 5 3 Anm. 18.

⁷ Droeven 77 f.

⁸ Triepel Delegation 26, 42.

⁹ Dies im Gegensatz zum öffentlich-rechtlichen Mandat. Triepel 26: „Mandat ist ... der Rechtsakt, durch den der Inhaber einer Zuständigkeit einem anderen Subjekte die Vollmacht erteilt, seine, des Mandanten Kompetenz in seinem, des Mandanten Namen auszuüben.“

¹⁰ Darüber Fleiner Giacometti 44. Vgl. zur Bundesstaatstheorie von Nawiasky die Kritik von M. Usteri: Theorie des Bundesstaates, Diss. Zürich 1953, S. 173 ff. (Manuskript).

von der rechtlichen Gleichordnung von Bund und Kantonen, bestehen auf dem Gebiete des Bundesstaates zwei verschiedene, unabgeleitete Rechtsordnungen¹¹. Kantonales Recht im Sinne dieser Lehre stellt somit das Produkt einer von der Rechtsordnung des Bundes in keiner Weise abhängigen Rechtserzeugungsquelle dar. Ausgehend von der unseren Ausführungen zugrundegelegten, die Eigenstaatlichkeit der Kantone ablehnenden Theorie, können wir bei der Gegenüberstellung von Bundesrecht und kantonalem Recht selbstverständlich unmöglich das Nebeneinander zweier unabhängiger Rechtsordnungen anerkennen. Das kantonale Recht wird vielmehr durch die den Kantonen übergeordnete Rechtsordnung des Bundes bestimmt, hat also seinen normativen Geltungsgrund in der Bundesverfassung¹². Der Einheit der staatlichen Rechtsordnung entspricht, dass schlussendlich jede im Bundesstaat ergehende Norm auf die oberste Zuständigkeitsordnung zurückgeführt werden kann. Das gilt in gleicher Weise von dem von den Kantonen in ihrem eigenen, wie auch von dem im übertragenen Wirkungskreis gesetzten Recht. Alle von den Kantonen erlassenen Rechtsätze, mit Einschluss der Normen der Verfassungsstufe, können — da auf die Bundesverfassung zurückführbar — in einem weiteren Sinne als Bundesrecht angesprochen werden. Eine solche extreme Fassung und damit Verwässerung des Begriffes des Bundesrechts ist aber abzulehnen, da ihm jeder erkenntnistheoretische Wert abgeht. Als Bundesrecht im eigentlichen Sinne ist in Übereinstimmung mit der schweizerischen Doktrin und Praxis¹³ das von den Behörden des Bundes, als kantonales Recht das von den Behörden der Kantone gesetzte Recht zu betrachten¹⁴. Dabei muss man sich aber stets bewusst bleiben, dass mit dieser Differenzierung nicht zwei unabhängige Rechtsordnungen einander gegenübergestellt werden, sondern dass das kantonale Recht seinen Geltungsgrund, gleich wie das unterrangige Bundesrecht, in der Bundesverfassung besitzt.

¹¹ Droeve 75. Eine Gleichordnung von Bund und Gliedstaaten nimmt auch Kelsen Bundesexekution 130 ff., Staatslehre 199 f. an. Nach Kelsen stellen die Bundes- wie auch die Gliedstaatsverfassung Teilordnungen der ihnen übergeordneten Gesamtverfassung dar.

¹² Vgl. hierzu auch Fleiner/Giacometti 41 ff.: „Wenn nämlich die Bundesverfassung als materieller normativer Geltungsgrund der Kantonsverfassungen erscheint, muss sie logischerweise auch deren formaler normativer Geltungsgrund sein.“ Diese Ausführungen müssen in gleicher Weise auch für die den Kantonen durch die Bundesgesetzgebung eingeräumten Rechtsetzungsbefugnisse gelten.

¹³ Hierüber unten § 15 1 zu Anm. 4 f.

¹⁴ So gut wie auch das von den Gemeinden gesetzte Recht als Recht der Gemeinde anerkannt wird und nicht als kantonales Recht oder gar als Bundesrecht, was mit ebenso viel Berechtigung geschehen könnte, wie hinsichtlich der kantonalen Normen. Denn infolge der Notwendigkeit der Einheit der staatlichen Rechtsordnung sind schlussendlich auch diese Gemeindeerlasse auf die Bundesverfassung zurückführbar. Lukas 68 will die rechtsetzenden Erlasse der Kommunalverbände als kommunales Recht gelten lassen, lehnt es aber ab, eine entsprechende Qualifikation auch für die auf einer Delegation beruhenden Landeserlasse vorzunehmen. Zur Frage der Qualifikation dieser Rechtsätze unten § 15 1 Anm. 4.

III. In bezug auf den Hauptfall der öffentlich-rechtlichen Delegation, der Übertragung rechtsetzender Gewalt, nimmt auch Triepel das Vorliegen einer echten Delegation nur in Ausnahmefällen an. Nach ihm liegen meist nur sogenannte konservierende Vorbehalte vor¹⁵. Bei dieser Delegationsart „überträgt der Delegant eine Kompetenz, behält sich aber vor, nach Gefallen die gleiche Kompetenz auch selber auszuüben“¹⁶. Ein solcher Vorbehalt kann nach Triepel ausdrücklich erklärt werden, wird aber meist stillschweigend getroffen worden sein. Bei dieser Delegationsart handelt es sich nicht um die Abschiebung einer Kompetenz, sondern lediglich um den Verlust der Ausschliesslichkeit in der Ausübung. Von der so geschaffenen konkurrierenden Zuständigkeit zu unterscheiden ist ein Tätigwerden des Deleganten nach erfolgter Rückgängigmachung der Delegation.

Fälle, in denen eine solche konkurrierende Zuständigkeit ausdrücklich vorbehalten wird, sind im schweizerischen Bundesstaatsrecht äusserst selten¹⁷. Kann nun die Ansicht von Triepel, wonach auch bei Fehlen eines solchen ausdrücklichen Vorbehaltes, der Bund in den den Kantonen überlassenen Rechtsetzungskompetenzen im Zweifelsfall rechtsetzend sich betätigen kann, auch für das schweizerische Bundesstaatsrecht übernommen werden? Diese Frage ist zu verneinen¹⁸. Der einen Vorbehalt zugunsten der Kantone aussprechende Bundesrechtsatz ist selbst ein Akt der Rechtsetzung, ein Gesetz im materiellen Sinne¹⁹ und besitzt somit die gleiche, allen Erlassen einer bestimmten Rechtserzeugungsstufe innewohnende Geltungskraft. Mangels ausdrücklich anderslautender Bestimmung kann daher bei Vorliegen einer in die Form des formellen Gesetzes gekleideten Delegation, der Bund sich nur wieder durch einen Erlass der gleichen Rechtserzeugungsstufe in diesem Bereich normierend betätigen. Bringt der Bundesgesetzgeber in einer Vorbehaltsmaterie in solcher Weise seine eigene Zuständigkeit wieder zur Geltung, so hat — bei Fehlen einer entgegenstehenden ausdrücklichen Bestimmung — ein solcher Erlass als *contrarius actus* zu gelten, als Rücknahme der Delegation und zieht somit auch das Erlöschen, und nicht nur eine Suspendierung, der kantonalen Zuständigkeiten nach sich, selbst wenn diese Rücknahme meist nicht *expressis verbis* ausgesprochen werden wird. Denn an der Tatsache, dass eine Delegation jederzeit wieder durch einen entgegengesetzten Akt zurückgenommen werden kann, sind keine Zweifel möglich²⁰. Zwar hat eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone — im Gegensatz zu

¹⁵ Triepel 53 ff., 118.

¹⁶ Triepel 53.

¹⁷ Vgl. einige Beispiele unten § 10 I 3.

¹⁸ Ausdrücklich vorgesehen muss eine konservierende Delegation auch sein nach Giacometti Vollmachtenregime 18.

¹⁹ Triepel 29, 88. Rosin 69. Aus diesem Grunde stellen Vorbehalte zugunsten der Kantone formell auch keine Ausnahmen vom Prinzip der Vollständigkeit einer bundesrechtlichen Regelung dar. Hierzu unten § 5 Anm. 18.

²⁰ Vgl. auch Egger Geltungsbereich 188.

einem entsprechenden Akt unter obersten Staatsorganen — keine Verschiebung der durch das objektive Recht festgesetzten Kompetenzgrenzen zur Folge. Denn es bleibt dem Bundesgesetzgeber anheimgestellt, in welchem Umfange er von einer dem Zentralstaat durch die Verfassung zugeschiedenen Gesetzgebungskompetenz durch eine eigene materielle Regelung Gebrauch machen will. Dennoch kann eine Delegation nur als eine ausdrücklich oder stillschweigend befristete rechtlichen Bestand haben, da der einfache Bundesgesetzgeber für die Zukunft nicht verbindlich auf eine abschliessende materielle Ausgestaltung der ihm von Verfassungen wegen zustehenden Rechtsetzungskompetenzen verzichten kann ²¹.

§ 4. Die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation in den verschiedenen Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes.

Die dem Bunde durch die BV übertragenen Gesetzgebungszuständigkeiten sind von ganz verschiedener Wirkungskraft, je nachdem sie ausschliessliche oder nicht ausschliessliche Natur aufweisen ¹. Während im ersten Fall der Bund zu einer erschöpfenden und allseitigen Regelung der betreffenden Materien befugt ist, üben bei Vorliegen nicht ausschliesslicher Bundeskompetenzen sowohl Bund wie auch Kantone innerhalb des gleichen Rechtsgebietes ihre verfassungsmässige gesetzgeberische Zuständigkeit aus.

Eine weitere Differenzierung der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes ergibt sich innerhalb der ausschliesslichen Kompetenzen, da es sich dabei um Zuständigkeiten umfassender Art, zur Kodifikation ganzer Rechtsgebiete, oder dann lediglich um Ermächtigungen an den Bundesgesetzgeber zur Ordnung eines Sachgebietes nach gewissen Richtungen hin handeln kann ². Überdies weichen die verschiedenen Gesetzgebungskompetenzen hinsichtlich ihrer derogatorischen Kraft von einander ab, indem die kantonale Zuständigkeit entweder bereits mit der Aufnahme der betreffenden Kompetenznorm in die BV, oder dann erst durch den Erlass der entsprechenden Ausführungsgesetze vernichtet wird. Die ursprünglich derogatorische Kraft von Bundeskompetenzen ist der Ausdruck einer besonders engen Verknüpfung dieser Materien mit dem Zentralstaat. Es handelt sich hierbei um die Gesetzgebungszuständigkeiten, deren Besitz für den modernen Staat nach Ansicht des Bundesverfassungsgesetzgebers

²¹ Hierzu auch Hatschek I 106, 113, wonach die *Kompetenz* zur Gesetzgebung nicht an die Gliedstaaten delegiert werden kann, wohl aber ein Teilgebiet der zu regelnden Materie. Siehe auch Fleiner/Giacometti 118, Sträuli 9, 205 f. Über die Abgrenzung der Begriffe Kompetenz und Materie Hatschek I 103 ff.

¹ Fleiner/Giacometti 86.

² Über diese Fragen eingehend Fleiner/Giacometti 86 ff., Fleiner Bundesstaatsrecht 45 ff., Sträuli 20 ff., Haenel 242, 253 f., 259 f., Laband II 110 f. In diesem letzteren Falle wird auch von fragmentarischen Kompetenzen gesprochen. Fleiner/Giacometti 88, Sträuli 28.

unentbehrlich ist. Dazu gehören namentlich das Post-, Telefon- und Telegraphenwesen, das Münzwesen, Eisenbahn- und Militärwesen usw.³.

Nicht ausschliessliche Gesetzgebungskompetenzen, wie z. B. im Gebiet der Grundsatzgesetzgebung, werden daher nie mit ursprünglich derogatorischer Kraft ausgestattet sein. Auch im Bereiche der ausschliesslichen, jedoch beschränkten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes lassen sich keine Zuständigkeiten mit ursprünglich derogatorischer Kraft finden. Denn überall dort, wo der Bund sich darauf beschränken muss, eine Materie nach bestimmten Richtungen hin zu ordnen, kann das Merkmal der Kompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft — die aus dem Wesen dieser Aufgaben fließende Notwendigkeit des Zugehörens zum Kompetenzbereich des Zentralstaates — nicht vorhanden sein. Ursprünglich derogatorische Kraft kann daher nur ausschliesslichen Bundeskompetenzen umfassender Natur innewohnen⁴.

Wir haben bereits dargelegt, dass die Zuweisung einer Kompetenz durch die BV an den Bund diesen im Prinzip nicht zu verpflichten vermag, in seiner Ausführungsgesetzgebung die betreffende Materie bis in alle Einzelheiten selbst zu ordnen. Er kann vielmehr auf dem Gesetzesweg gewisse Teilgebiete den Kantonen zur Regelung zuscheiden. Es fragt sich nun, ob die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen vom Bund an die Kantone in allen Materien, unbekümmert um die verschiedene Wirkungskraft und ihre derogatorische Kraft, verfassungsrechtlich zulässig ist.

1. Im Bereich der ausschliesslichen Bundeskompetenzen mit nachträglich derogierender Kraft — mögen diese nun umfassender oder beschränkter Art sein — wird mit der Aufnahme einer entsprechenden Kompetenznorm in die BV die Zuständigkeit der Kantone noch nicht vernichtet. Ihre Kompetenz bleibt bis zum Erlass des die Verfassungsbestimmung ausführenden Bundesgesetzes eine aktuelle⁵. Die Einräumung einer entsprechenden Rechtsetzungskompetenz an den Bund hat somit lediglich die Bedeutung einer Direktive des Bundesverfassungsgesetzgebers an den einfachen Gesetzgeber, in dieser Materie sich rechtsetzend zu betätigen⁶. Die Verfassungsnorm

³ Fleiner/Giacometti 102, Sträuli 78, Droeven 81, 83, Laband II 111, Haenel 259 f.

⁴ Aber nicht alle Bundeskompetenzen umfassender Natur weisen ursprünglich derogatorische Kraft auf. Diese Verstärkung der bundesstaatlichen Kompetenz ist ein einheitsstaatliches Element und stellt in der Kompetenzverteilung des Bundes daher einen Fremdkörper dar. Sie bleibt somit eine Ausnahmeerscheinung, die stets einer besonderen verfassungsrechtlichen Begründung bedarf. Vgl. unten II Anm. 18.

⁵ Fleiner/Giacometti 99 f.; siehe auch Sträuli 70, Haenel 253, Laband II 110.

⁶ Wenn auch zuzugeben ist, dass diese Kompetenznormen *leges imperfectae* sind, ist doch sicher verfehlt, sie als den Bundesgesetzgeber nur ermächtigende, nicht aber ihn verpflichtende Rechtsätze aufzufassen, wie dies in der deutschen Bundesstaatsdoktrin geschieht. Vgl. z. B. Anschütz Kommentar RV Art. 6 N. 3, Doehl 91 f., Lukas 32. Wann eine Ermächtigung und wann eine Verpflichtung vorliegt, ist Auslegungsfrage im Einzelfall. Hierzu Fleiner/Giacometti 99 Anm. 36, Fleiner Rechtsordnung 12, Sträuli 74, 77, Giacometti Vollmachtenregime 17 f.

spricht nur grundsätzlich aus, welcher Materie sich der einfache Gesetzgeber zu bemächtigen hat, dass z. B. das Zivilrecht, das Strafrecht zu vereinheitlichen sei, dass er als befugt gelte, gesetzliche Bestimmungen über den Verkehr mit Nahrungs- und Genussmitteln zu erlassen. Die Frage, wie weit die betreffende Materie eine einheitliche Ordnung finden soll und in welchem Umfange der Bundesgesetzgeber mittelst der Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Kantone eine partikularrechtliche Ausgestaltung seiner Gesetzgebung zulassen darf, wird von der Verfassung nicht beantwortet. Diese begnügt sich damit, die Aufstellung einheitlicher Normen für eine Materie oder ein Teilgebiet einer solchen zu ermöglichen oder zu fordern. Wie weit in der Rechtsvereinheitlichung gegangen werden muss, kann erst bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung des betreffenden Rechtsgebietes entschieden werden. Dabei hat sich der Bundesgesetzgeber an den vom Verfassungsgesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Willen⁷ und darüber hinaus an das durch die Verhältnisse Gebotene zu halten. Als Richtschnur muss ihm aber in all seinen Entscheidungen der oben dargelegte Grundsatz dienen, dass überall dort, wo eine Notwendigkeit zur Rechtsvereinheitlichung nicht besteht, dem Eigenleben der Kantone auch weiterhin möglichst freie Entfaltung zu gewähren ist⁸. Dieser Grundsatz muss im ganzen Bereich der ausschliesslichen Bundeskompetenzen mit nach-

⁷ Sträuli 216: Abstellen auf die ratio eines Verfassungsartikels; Imboden 36, Droeven 90.

⁸ Triefel Delegation 117 schliesst die Möglichkeit einer Delegation hinsichtlich der Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft aus. Hierzu unten II. Davon ausgehend gelangt er auch zur Ablehnung einer Delegationsmöglichkeit im Bereich der Bundeskompetenzen mit nachträglich derogatorischer Kraft, da dadurch, dass der Bundesgesetzgeber von einer solchen Kompetenz Gebrauch macht und sich damit dieser Materie bemächtigt hat, die entsprechende Gesetzgebungskompetenz zu einer „ausschliesslichen“ geworden sei. Triefel ist bei dieser Argumentation aber offensichtlich der hier irreführenden Terminologie der deutschen Doktrin erlegen. Sicher trifft zu, dass, wenn der Bundesgesetzgeber sich vollständig einer ihm verfassungsrechtlich zugewiesenen Materie bemächtigt, seine Normierung — entsprechend der verfassungsmässigen Kompetenz, die ihn zu einer abschliessenden Regelung ermächtigt — den Anspruch der Ausschliesslichkeit erheben kann. Dies ist aber nicht der Sinn, den die deutsche Doktrin dem Begriff der „Ausschliesslichkeit“ einer Gesetzgebungskompetenz beilegt. Ausschliesslichkeit bedeutet hier vielmehr Erlöschen jeder gliedstaatlichen Zuständigkeit in einer bestimmten Materie mit dem Inkrafttreten einer entsprechenden Kompetenznorm der BV. Bezeichnend Haenel 242, der von ausschliessender Wirkung spricht, S. 259 jedoch von Ausschliesslichkeit. Vgl. auch Laband II 111, Nawiasky „Das föderalistische Problem“ in Verwaltungskurse Bd. 9 S. 21. Um ähnlichen Verwirrungen vorzubeugen, empfiehlt es sich, die von Fleiner/Giacometti 100 ff vorgeschlagene Terminologie sich zu eigen zu machen und an Stelle von konkurrierenden oder fakultativen, von Kompetenzen mit nachträglich derogatorischer Kraft und statt von ausschliesslichen, von solchen ursprünglich derogatorischer Kraft zu sprechen. Diese Terminologie lässt auch klar zu Tage treten, dass im Wesen dieser beiden Arten von Kompetenzzuweisungen ein Unterschied begründet liegt, so dass die Frage nach der Zulässigkeit einer Delegation nicht a priori für beide Fälle die gleiche Antwort finden kann. Reichlin Komplikation 29 f., bezeichnet die Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft als solche „exklusiver“ Natur.

träglich derogatorischer Kraft Anwendung finden, also auch wenn die entsprechende Kompetenznorm der BV vom Bundesgesetzgeber ausdrücklich die Schaffung einheitlicher Bestimmungen fordert⁹. Allerdings bedeutet diese besondere Betonung der Rechtseinheit insofern eine Einschränkung des Ermessens des Bundesgesetzgebers, als schon die Kompetenznorm der BV ihn auf ein besonders grosses Interesse an der Schaffung einheitlichen Rechts hinweist und ihm gebietet, den föderalistischen Überlegungen nur eine sekundäre Bedeutung beizulegen. Der Verfassungsgesetzgeber hat hier bereits eine Entscheidung getroffen, die in anderen Materien dem einfachen Gesetzgeber vorbehalten bleibt. Dies bedeutet aber nicht, dass damit der Bundesgesetzgeber nicht zur Vornahme von Delegationen zugunsten der Kantone befugt sein soll¹⁰. Nicht alle Fragen und alle Teilgebiete einer bestimmten Materie werden von dem Rufe nach Rechtseinheit in gleicher Weise berührt und auf keinen Fall bedeutet die in der Verfassung ausgesprochene Bevorzugung einheitsstaatlicher Tendenzen schlechthin die Ausschaltung des föderalistischen Gesichtspunktes¹¹. Dieser soll nur dort vor dem Rechtseinheitsgedanken zurücktreten, wo eine Abwägung dieser Momente nicht zu einer eindeutigen Antwort führt. Der Bundesgesetzgeber hat denn auch in den Ausführungserlassen zu Bundesverfassungsvorschriften mit nachträglich derogatorischer Kraft, die ausdrücklich einheitliche Bestimmungen für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft fordern, Delegationen zugunsten der Kantone vorgenommen. So enthalten die auf Grund von Art. 34 Abs. 1 BV ergangenen Bundeserlasse zahlreiche Vorbehalte zugunsten des materiellen kantonalen Rechts¹². Auch werden die Kantone vom Bundesgesetzgeber mit dem Vollzuge dieser Gesetze und damit auch mit der Aufstellung von Normen formeller Natur betraut¹³. Umgekehrt hat der Bundesgesetzgeber in anderen Sachgebieten, für welche die Notwendigkeit der Schaffung einheitlichen Rechts in der betreffenden Kompetenznorm der BV keinen besonderen Niederschlag gefunden hat, die Kantone vollständig ausgeschaltet¹⁴. Ganz allgemein lässt

⁹ Fleiner/Giacometti 123 Anm. 30 weisen mit Recht darauf hin, dass die Aufstellung einheitlicher Normen das Ziel jeder Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist. A. A. Sträuli 82 f., 215.

¹⁰ A. A. Sträuli 215.

¹¹ Insofern ist die bei Salis V 2197 wiedergegebene Argumentation des Bundesrates zum mindesten irreführend. Dass die Kantone nicht mehr kraft eigener Zuständigkeit Fabrikpolizeigesetze erlassen können, ist ein Ausfluss des Prinzips der Vollständigkeit einer bundesrechtlichen Regelung und nicht darauf zurückzuführen, dass in Art. 34 Abs. 1 BV für diesen Bereich der Erlass einheitlicher Bestimmungen gefordert wird.

¹² Z. B. Fabrikgesetz 35, 58, 80/2, Mindestaltergesetz 5/3, 6, Mindestalterverordnung 12.

¹³ Z. B. Fabrikgesetz 30, 83, Mindestaltergesetz 8, Mindestalterverordnung 15/1. Vgl. auch Sträuli 215. Das gleiche gilt auch für die in Ausführung von BV 34ter ergehenden Bundeserlasse. Auch hier tritt nach der ratio des Verfassungsartikels der Einheitsgedanke in den Vordergrund. Burckhardt Kommentar BV S. 293.

¹⁴ Vgl. z. B. Markenschutzgesetz, Musterschutzgesetz, Handelsreisendenanstel-

sich sagen, dass die Eliminierung der Kantone bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Bundeskompetenzen mit nachträglich derogatorischer Kraft in den Fällen am weitesten geht, in denen es sich um Erlasse handelt, die durch die moderne Entwicklung von Handel und Verkehr bedingt und ein Ausfluss der Schaffung eines einheitlichen, die ganze Eidgenossenschaft umfassenden Wirtschaftsgebietes sind.

Zusammenfassend gelangen wir zur Feststellung, dass die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen vom Bund an die Kantone im Gebiet der Bundeskompetenzen mit nachträglich derogierender Wirkung unabhängig vom Wortlaut der einzelnen Verfassungsbestimmung grundsätzlich zulässig ist. Ob in einem bestimmten Gesetz ein Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts gemacht werden soll, ist eine Frage, die der Bundesgesetzgeber nur von Fall zu Fall, unter Berücksichtigung der ratio des auszuführenden Verfassungsartikels und auf Grund einer sorgfältigen Interessenabwägung beantworten kann^{15 16}.

II. Im Gegensatz zu den im vorhergehenden Abschnitt betrachteten Bundeskompetenzen, wird schon durch die blosse Aufnahme solcher mit ursprünglicher derogatorischer Kraft in die BV die entsprechende gliedstaatliche Zuständigkeit vernichtet¹⁷. Diese verstärkte derogatorische Kraft der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes tritt, als einheitsstaatliches Element¹⁸, im Bundesstaat nur als Ausnahmefall auf und ist ein Ausfluss des Willens des Bundesverfassungsgesetzgebers, dass eine bestimmte Materie den Kantonen sowohl hinsichtlich der Gesetzgebung als auch des Vollzuges entzogen und vollständig dem Zentralstaat überlassen bleiben soll¹⁹. In anderen Fällen ergibt sich die ursprünglich derogatorische Kraft aus der inneren Natur der betreffenden Zuständigkeiten, so z. B. in bezug auf die Organisationsgewalt des Bundes²⁰. Für unsere Betrachtungen kommen naturgemäss lediglich die materiellen Rechtsetzungskompetenzen des Bundes

lungsgesetz, Urheberrechtsgesetz, Patentgesetz, Prioritätsgesetz, BG betr. Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiet des Versicherungswesens v. 25. 6. 1885, Wappenschutzgesetz usw.

¹⁵ Hierzu die Ausführungen von Sträuli 213 ff.

¹⁶ Über die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone im Bereiche der nicht ausschliesslichen Bundeskompetenzen, unten § 7.

¹⁷ Darüber Fleiner/Giacometti 101 f., Nawiasky „Das föderalistische Problem“ in Verwaltungskurse Bd. 9 S. 21, Sträuli 76 ff., Haenel 259, Anschütz Kommentar RV S. 52 f., Doehl 82. Vgl. auch oben in Anm. 8 die Kritik an der auch von Sträuli übernommenen Terminologie der deutschen Bundesstaatsrechtslehre. Auch bei Sträuli resultieren aus dieser Übernahme einige Unklarheiten, so namentlich, wenn er S. 82 f. die Gesetzgebungskompetenzen mit nachträglich derogierender Wirkung, für die in der Verfassung ausdrücklich die Schaffung einheitlicher Normen gefordert wird, als ausschliessliche bezeichnet. Wir haben aber bereits darauf hingewiesen, dass unter „Ausschliesslichkeit“ im Sinne der deutschen Doktrin lediglich eine in ihrer zeitlichen Wirkung ausnahmsweise verstärkte derogatorische Kraft zu verstehen ist.

¹⁸ Sträuli 84. Vgl. auch Fleiner/Giacometti 102, Droeven 66, Haenel 261.

¹⁹ Sträuli 76.

²⁰ Dazu Haenel 259.

in Frage, da der Ausschluss jeder Kompetenzdelegation in bezug auf die formellen Rechtsetzungszuständigkeiten²¹ und im Bereich der Regierungsgewalt sich von selbst versteht.

Hinsichtlich der materiellen, vom Bundesverfassungsgesetzgeber mit ursprünglich derogatorischer Kraft ausgestatteten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes — z. B. im Gebiet des Post-, Telegraphen- und Telephonwesens, im Münzwesen — ist eine Mitwirkung der kantonalen Rechtsetzungsgewalt und die Einschaltung des kantonalen Vollziehungsapparates nicht schon rein begrifflich ausgeschlossen²². Indessen hat der Bund in all diesen Materien eine eigene Behördenorganisation aufgebaut und die Kantone somit gänzlich ausgeschaltet. In der einschlägigen Bundesgesetzgebung sind auch nirgends Delegationen von Rechtsetzungskompetenzen an die Kantone anzutreffen. Diese gesetzgeberische Ausgestaltung der Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft scheint uns auch den theoretischen Anforderungen gerecht zu werden. Denn dadurch, dass sich der Verfassungsgesetzgeber nicht damit begnügte, dem Bund eine bestimmte Zuständigkeit einzuräumen, sondern diese Kompetenzen darüber hinaus mit einer, der föderalistischen Struktur des Bundesstaates wesensfremden erhöhten derogatorischen Kraft ausstattete, gab er deutlich seinen, auf einen vollständigen Ausschluss der Kantone von der Regelung der betreffenden Materie gerichteten Willen zu erkennen. In diesem Bereiche müsste daher eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone als verfassungswidrig betrachtet werden^{23 24}.

§ 5. Die Form der bundesrechtlichen Vorbehalte.

Aus unseren bisherigen Ausführungen hat sich die prinzipielle Befugnis des Bundesgesetzgebers zur Aufstellung von Vorbehalten zugunsten des kantonalen Rechts ergeben. Es stellt sich weiter die Frage, ob eine solche

²¹ Im Sinne der Organisationsgewalt. Fleiner/Giacometti 102, Sträuli 80. Eine Besonderheit weisen immerhin die organisatorischen Normen auf, durch die bei der Bildung des obersten Bundeswillens und bei der Bestellung der höchsten Bundesorgane das föderalistische Element Berücksichtigung findet. Indessen ist hier eine Mitwirkung der Kantone bereits in der Verfassung vorgesehen (vgl. z. B. BV 72 ff., 80, 86/2, 89/2, 89 bis/2, 93/2; dazu Fleiner/Giacometti 109 ff.), so dass daraus nicht auf eine generelle Zulässigkeit der Delegation in den mit ursprünglich derogatorischer Kraft ausgestatteten Materien geschlossen werden kann, wie Sträuli 212 dies zu tun scheint.

²² Die Möglichkeit einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen ist für den Bereich der Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft für das deutsche Bundesstaatsrecht bejaht worden von Haenel 259, Anschütz Kommentar RV Art. 6 N. 6, Lukas 44. So auch Fleiner Rechtsordnung 12. Verneint wird diese Möglichkeit von Triepel Delegation 117, Thoma Handbuch II 227, für das schweizerische Bundesstaatsrecht von Fleiner/Giacometti 123 Anm. 30.

²³ Vgl. die vorhergehende Anmerkung. Für eine Zulässigkeit spricht sich auch Sträuli 212 aus. Vgl. hingegen Sträuli 76.

²⁴ Nicht als Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen sind die in den Bundesgesetzen oft enthaltenen Verweise auf kantonales Recht aufzufassen. Meist handelt

Delegation ausdrücklich ausgesprochen werden muss oder ob nicht auch ein stillschweigender Vorbehalt zur Begründung der kantonalen Zuständigkeit zu genügen vermag.

1. Im Bereich der Bundeskodifikationen treffen wir häufig auf die Erscheinung, dass gewisse Rechtsgebiete, für deren Regelung im Prinzip die verfassungsrechtliche Zuständigkeit der Kantone gegeben wäre, in die Kodifikation Aufnahme gefunden haben¹. Der Bundesgesetzgeber greift hier in die verfassungsmässige Kompetenz der Kantone ein, und zwar wird die Intensität dieser Übergriffe um so grösser sein, je bedeutungsvoller die Rolle ist, die der so präjudizierten oder vorweggenommenen Regelung für die Durchsetzung des Bundesrechts zukommt. Da der Bundesgesetzgeber sich hier aber im kantonalen Kompetenzbereich bewegt, vermag die blossе Tatsache der Aufnahme solcher Sachgebiete in ein Bundesgesetz den vollständigen Ausschluss des kantonalen Gesetzgebers nicht zu bewirken. So finden sich denn auch in zahlreichen, in die bundesrechtliche Kodifikation miteinbezogenen Materien der kantonalen Zuständigkeit verschiedentlich deklaratorische Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts. Aber auch bei Fehlen eines solchen ausdrücklichen Verweises ist in Würdigung der verfassungsrechtlichen Lage immer zu prüfen, ob der Bundesgesetzgeber auch diese Randgebiete der Kodifikation einer abschliessenden Regelung unterworfen hat oder ob er der kantonalen Kompetenz noch eine gewisse Entfaltungsmöglichkeit gewähren wollte².

So hat z. B. die Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328 ZGB, obwohl es sich um eine Materie handelt, die materiell dem öffentlichen Recht angehört, im ZGB selbst eine abschliessende Normierung gefunden³. Anders verhält es sich hingegen mit den Art. 335 und 341 OR, welche sich mit der materiell öffentlichrechtlichen Frage befassen, in welchen Fällen für den Dienstherrn gegenüber dem Dienstpflichtigen eine Pflicht zur Lohnzahlung auch bei Ausfall der Dienstleistung besteht. Mit diesen Vor-

es sich dabei um echte, in ihren Konsequenzen zusammen mit dem kantonalen Recht wandelbare Verweise. Hierzu Jellinek Gesetzesanwendung 94, 98. Damit wird lediglich bestimmt, dass für die Vornahme gewisser bundesrechtlich vorgesehener Rechtshandlungen, die in den Kantonen in bezug auf diese Handlungen geltenden Grundsätze als kantonales Recht (a. A. Jellinek Gesetzesanwendung 98, der für eine dualistische Natur solcher, mit einem Verweis bedachten landesrechtlichen Vorschriften eintritt) anwendbar sein sollen. Vgl. z. B. VVO zum BG über das Zollwesen 129, 131/2, 141/1, 140/3, Postverkehrsgesetz 55, BG über das Verfahren in bürgerlichen Streitigkeiten vom 22. 11. 1850 Art. 29, VVO zum BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 5. 5. 1933 Art. 2/9, VO des Bundesgerichtes über die Beurteilung von Schadenersatzansprüchen nach Art. 15 des Enteignungsgesetzes, v. 22. 5. 1931 Art. 13. Hierzu auch unten § 16 I 3 Anm. 27.

¹ Über die Rechtfertigung dieser Übergriffe unten § 6 I 3, II.

² Vgl. auch Mutzner 21 f., Gmür Kommentar ZGB SchlT 51 N. 10: „Es genügt somit nicht, dass der Bundesgesetzgeber eine das öffentliche Recht betreffende Frage behandelt hat, sondern es ist nötig, dass die kantonale Gesetzgebung im betreffenden Punkte nach Sinn und Geist der betreffenden Bestimmung des ZGB ausgeschaltet werden wollte.“

schriften wollte der Bundeszivilgesetzgeber keineswegs die öffentlichen Interessen des Gemeinwesens abschliessend wahren. Es bleibt den Kantonen daher unbenommen, aus gewerbepolizeilichen Gründen die Pflicht der Arbeitgeber zur Lohnzahlung bei Fehlen einer direkten Gegenleistung noch weiter auszudehnen⁴.

Von stillschweigenden Vorbehalten zugunsten des kantonalen Rechts kann hier indessen nicht gesprochen werden, ist in all diesen Fällen doch die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone gegeben⁵. Ein ausdrücklicher Verweis auf die Ergänzungsfähigkeit eines Bundesrechtssatzes ist daher ein blosses Mittel der Rechtstechnik und dient der eindeutigen Festlegung der Grenze zwischen dem Bereich der betreffenden Bundeskodifikation und der kantonalen Zuständigkeit.

2. In Wiederholung der in Art. 64 BV vorgenommenen Kompetenz-ausscheidung zwischen Bund und Kantonen stellt Art. 6 Abs. 1 ZGB fest, dass die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt werden. Diesem Satz kann aber nicht die Bedeutung beigelegt werden, dass die Kantone im Bereich des Bundeszivilrechts in der Aufstellung öffentlich-rechtlicher Vorschriften keinerlei Beschränkungen unterworfen sind⁶. Der Begriff des Bundeszivilrechts ist formeller Natur⁷. Es bleibt daher stets zu untersuchen, in welchem Umfange bei der Regelung materiell zivilrechtlicher Verhältnisse die mit im Spiele stehenden öffentlichen Interessen bereits Berücksichtigung gefunden haben⁸. Insoweit der Bundesgesetzgeber über die öffentlich-rechtliche Seite einer bestimmten Materie nicht legiferiert hat, ist die verfassungsmässige Zuständigkeit der Kantone gegeben⁹. Auch hier werden nun die Kantone häufig durch deklaratorische Vorbehalte auf die ihnen anheimgestellte öffentlich-rechtliche Ergänzung des Bundeszivilrechts hingewiesen. Indessen muss diese Befugnis der Kantone auch bei Fehlen eines solchen Verweises als gegeben erachtet werden¹⁰, es sei denn, der Bundesgesetzgeber habe diesen öffentlich-rechtlichen Überlegungen bereits selbst

³ BGE 42 I 347.

⁴ BGE 58 I 30 ff. (betrifft Basler Feriengesetz). Ähnlich liegen die Dinge auch in Art. 397 StGB: die Kantone können die Wiederaufnahme des Verfahrens auch zu ungunsten eines Freigesprochenen auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel gestatten. Vgl. dazu Kommentar Thormann-v. Overbeck zu StGB Art. 397 N. 8.

⁵ Hierzu auch Egger Geltungsbereich 185.

⁶ Mutzner 16 f., ZBeJV Bd. 62 S. 401. Vgl. auch BGE 58 I 31 E. 2, 73 I 54, Praxis 1947 No. 181, BGE 75 I 52. Vgl. weiter die unten § 6 I 3 Anm. 18 zitierten bundesgerichtlichen Entscheide. Weiter Verwaltungsentscheide 1939 No. 85. Die in diesen Entscheiden hinsichtlich des Verhältnisses Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichen Recht entwickelten Grundsätze gelten auch zwischen dem eidgenössischen Strafrecht und dem kantonalen öffentlichen Recht. BGE 74 I 143 f.

⁷ Egger Kommentar ZGB 6 N. 5, Gmür Kommentar ZGB 6 N. 3.

⁸ BGE 58 I 32. Vgl. auch die in § 6 I 3 Anm. 18 angeführten Entscheide. Fleiner¹ Giacometti 87, Fleiner Rechtsordnung 22, Mutzner 13, 17 f., 44, 61 f.

⁹ Vgl. dazu BGE 37 I 47 ff.

¹⁰ Mutzner 53 f.

Rechnung getragen¹¹. Dies gilt auch für den Bereich der übrigen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes. So werden z. B. in Art. 52 Ziff. 2 StGB die Wirkungen der Nebenstrafe der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit normiert. Trotz Fehlens eines ausdrücklichen Verweises auf das kantonale Recht haben diese Wirkungen keine abschliessende Regelung durch den Bundesgesetzgeber erfahren. Es bleibt vielmehr den Kantonen überlassen, ob sie darüber hinaus für die Ausübung gewisser Berufe oder bestimmter Funktionen, aus öffentlich-rechtlichen Gründen, den Besitz der bürgerlichen Ehrenfähigkeit verlangen wollen^{12 13}.

3. In den bereits betrachteten Fällen erfolgte die Ergänzung des Bundesrechts auf Grund der verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone. Über deren grundsätzliche Befugnis, in diesem Bereich auch ohne spezielle Hinweise von seiten des Bundesgesetzgebers sich rechtsetzend zu betätigen, werden sich daher kaum Zweifel ergeben¹⁴. Umstritten ist diese Frage aber dort, wo die kantonalen Ergänzungen zum Bundesrecht nicht mehr auf der eigenen verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone fussen, diese nur noch auf Grund eines echten Vorbehaltes, einer Kompetenzübertragung von seiten des Bundes gesetzgeberisch sich betätigen können. Für den Bereich der Bundesgesetzgebung gilt ganz allgemein der Grundsatz, dass Lücken im Bundesrecht nur durch Bundesrecht ausgefüllt werden können¹⁵. So ist für die Lückenfüllung im Bereiche des Privatrechts der Grundsatz von Art. 1 ZGB massgebend, der durch die Praxis auch auf verschiedene andere Bundesgesetze anwendbar erklärt wurde¹⁶. Darin wird der Richter angewiesen, sofern sich eine Rechtsfrage nach dem Gesetz nicht entscheiden lässt, diese auf Grund des Gewohnheitsrechts und bei Fehlen eines solchen nach der Regel zu lösen, die er selbst als Gesetzgeber aufstellen würde¹⁷. Für ein legislatorisches Tätigwerden der Kantone bleibt darnach kein

¹¹ Vgl. Kommentar Gmür SchlT ZGB 51 N. 11, BGE 63 II 67. Vgl. auch unten § 6 I 3 Anm. 18.

¹² Thormann-v. Overbeck Kommentar StGB 52 N. 5, Hafter a. T. 312.

¹³ Die hier behandelte Frage hängt eng zusammen mit derjenigen nach dem Gebiet, das der Bundesgesetzgeber hat ordnen wollen. Vgl. Fleiner/Giacometti 100 zu Anm. 42.

¹⁴ Zu kategorisch BGE 43 I 317. Diesem Entscheid kann daher nur der Sinn beigelegt werden, dass ein Vorbehalt innerhalb der verfassungsmässigen Kompetenz des Bundes immer erforderlich ist. Gestützt auf ihre verfassungsmässige Kompetenz und daher auch ohne Vorliegen eines ausdrücklichen Vorbehaltes werden die Kantone dann tätig, wenn ein Bundesgesetz seine Unvollständigkeit selbst eingesteht, also keine abschliessende Regelung einer Materie bezweckt. Vgl. hierzu Fleiner/Giacometti 119 A. 6, Triepel Delegation 83, Haenel 255 f., Sträuli 185, Droeven 83. Unvollständig ist eine bundesrechtliche Regelung auch bei Vorliegen kodifikationsbegrenzender Vorbehalte. Vgl. unten § 8. Zur Frage der Unvollständigkeit der bundesrechtlichen Regelung vgl. auch BGE 40 I 164, 46 I 497 f.

¹⁵ Salis V 2387, Burckhardt I 288/1, BGE 17/411 E 2, 27 I 541, Sträuli 189, Droeven 83; vgl. auch Rosin 69 f., Haenel 256.

¹⁶ Egger Kommentar ZGB 1 N. 4, Sträuli 188.

¹⁷ Egger Kommentar ZGB 1 N. 1. Über die Ausfüllung von Lücken im öffentlichen Recht vgl. N. 4 und die dort zitierte Literatur.

Raum. Das kantonale Recht ist von der Ausfüllung der Lücken im Bundesrecht vollständig ausgeschaltet.

Von der Lückenfüllung zu unterscheiden¹⁸ sind aber die Fälle, in denen das Bundesrecht zu seiner Ergänzung eine entsprechende Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Kantone vornimmt. Muss ein solcher Vorbehalt kantonalen Rechts nun ein ausdrücklicher sein oder genügt es, dass durch Interpretation des Gesetzes auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers geschlossen werden kann¹⁹? Gegenstandslos wird diese Frage überall dort, wo das Bundesrecht, wie in Art. 400 Abs. 2 StGB, selbst einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts fordert²⁰. Aber weitaus die meisten Bundeserlasse schweigen sich darüber aus, in welche Form ein bundesrechtlicher Vorbehalt gekleidet werden muss. So begnügt sich Art. 5 Abs. 1 ZGB und Art. 51 SchlT ZGB mit der Feststellung, dass das kantonale Recht aufgehoben ist, soweit nicht das Bundesrecht seine Geltung vorbehält. In den meisten Bundeserlassen fehlt es aber auch an einer so allgemeinen Formulierung²¹. Das Bundesgericht fordert in einer beinahe konstanten Praxis²² einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts. In der Literatur sind die Geister geschieden²³. Wenn auch im Bereiche der Bundesgesetzgebung wichtige Gründe gegen die Annahme stillschweigender Vorbehalte sprechen²⁴, wird in der Praxis ohne sie kaum auszukommen sein²⁵. So liegt

¹⁸ Vgl. hierzu Fleiner/Giacometti 119 A. 6, 99 A. 41. Von Lücken im Gesetz, von einer nur stückweisen Realisierung der Kompetenz, spricht im einen wie im anderen Falle Sträuli 186, 190, 198, Imboden 37. Als Lücken im Gesetz werden die konstitutiven Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts natürlich auch von Droeven aufgefasst; obwohl nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich dies zwangsläufig aus seiner Konstruktion, nach der im Bereich der Vorbehalte die Kantone auf Grund ihrer eigenen verfassungsmässigen Zuständigkeit tätig werden. Vgl. hierzu oben § 3 I. Gut hingegen Rosin 69: „Durch die Delegation hat das Reich seine Gesetzgebungsgewalt hinsichtlich der betreffenden Materie mittelbar ebenso zur Ausübung gebracht, als wenn es unmittelbar reichsgesetzliche Vorschriften materiellen Inhaltes erlassen hätte.“

¹⁹ Über diese Frage Sträuli 190 f.

²⁰ So auch Lebensmittelverordnung 488/2.

²¹ Es wird z. B. lediglich statuiert, dass die Kantone im Rahmen des Bundesrechts die Ausführungsvorschriften zu erlassen haben. So z. B. Berufsbildungsgesetz 54/2, Passverordnung 12/2.

²² BGE 42 II 53, 43 I 64, 43 I 317, 54 II 132. Lediglich von der Notwendigkeit eines Vorbehaltes spricht BGE 37 I 45, 51 I 426. Siehe auch unter Anm. 26.

²³ Einen ausdrücklichen Vorbehalt fordern: Fleiner/Giacometti 119 Anm. 6, Reichel Kommentar ZGB SchlT 51 N. 6, Vetter 16, Ruegg 86. Einen stillschweigenden Vorbehalt halten für genügend: Egger Geltungsbereich 184 ff., Meyer von Schauensee in SJZ Bd. 11 S. 128, Egger Kommentar ZGB 5 N. 7, Triepel Delegation 105; vgl. auch Fleiner/Giacometti 121 zu Anm. 19, Sträuli 190; Haenel 259 spricht von der Notwendigkeit eines „besonderen Nachweises“. Anerkannt werden stillschweigende Vorbehalte auch in Verwaltungsentscheiden 1935 Heft 9 No. 50. In casu handelt es sich aber um die Frage nach der Vollständigkeit einer bundesrechtlichen Regelung. Hierzu Fleiner/Giacometti 99 Anm. 40.

²⁴ Darüber Sträuli 186, Egger Geltungsbereich 186.

²⁵ Sträuli 191.

ein stillschweigender Vorbehalt im Bereiche des ZGB z. B. dann vor, wenn aus dem Wortlaut eines Vorbehaltes nicht geschlossen werden kann, ob er nur auf das kantonale öffentliche Recht verweist, oder auch eine kantonale privatrechtliche Normierung vorbehalten wollte²⁶. Da die Kantone aber, wie festgestellt, nie dazu berufen sein können, Lücken im Bundesrecht auszufüllen, ist die Annahme stillschweigender Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts nur dann zulässig, wenn sich aus dem Wortlaut der betreffenden bundesrechtlichen Bestimmung²⁷ oder durch Auslegung unzweideutig der Wille des Bundesgesetzgebers ergibt, die Regelung bestimmter Fragen den Kantonen zu überlassen²⁸. Am Erfordernis eines ausdrücklichen Vorbehaltes muss hingegen bei der Annahme einer nur subsidiären Geltung des Bundesrechts festgehalten werden, da die damit verbundene Rangverminderung²⁹ der Bundesnormen eine Abweichung vom Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes darstellt³⁰.

²⁶ Vgl. z. B. ZGB 664. Dazu BGE 44 I 169 f., Egger Kommentar ZGB 5 N. 7; ZGB 915, dazu Gmür Kommentar ZGB 915 N. 1 f. Ein stillschweigender Vorbehalt wird auch als genügend anerkannt in BGE 41 II 539 f. Immerhin handelt es sich aber im konkreten Fall nicht um einen konstitutiven Vorbehalt, wie das Bundesgericht annimmt, sondern um einen solchen kodifikationsbegrenzender Art. Vgl. unten § 8 Anm. 15. Dasselbe gilt auch für die von Sträuli 191 angeführten Beispiele.

²⁷ So auch Fleiner/Giacometti 119.

²⁸ Darüber Egger Kommentar ZGB 5 N. 7, Egger Geltungsbereich 186. Die Annahme der Zulässigkeit stillschweigender Vorbehalte schliesst somit keine generelle Befugnis der Kantone zur Ergänzung des Bundesrechtes in sich. Sträuli 190. Im Sinne unserer Ausführungen auch Verwaltungsentscheide 1941 N. 92. Vgl. auch BGE 41 II 539 f.

²⁹ Doehl 41.

³⁰ Sträuli 161, vgl. auch Fleiner/Giacometti 121, BGE 10/225. Auch im Bereich des suspensiv-bedingten Bundesrechtes muss sich der bedingte Charakter dieser Normen eindeutig aus dem betreffenden Bundeserlass ergeben. So sind die Kantone namentlich nicht befugt, einem Bundesrechtssatz die Anwendung bis zum Erlass einer durch das Bundesgesetz gar nicht geforderten Einführungsverordnung zu versagen. Vgl. hierzu Salis II 381, Burckhardt I 260/II.

2. Kapitel:

DIE ANWENDUNGSFÄLLE DER DELEGATION VON RECHTSETZUNGSKOMPETENZEN VOM BUND AN DIE KANTONE IN DER BUNDESGESETZGEBUNG.

1. Abschnitt:

DIE DEKLARATORISCHEN VORBEHALTE ZUGUNSTEN DES KANTONALEN RECHTS.

§ 6. Vorbehalt und verfassungsmässige Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen.

Innerhalb des Bereiches des Bundesrechts können die Kantone nur auf Grund ausdrücklicher oder sich sonst aus dem Gesetz eindeutig ergebender Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen, gestützt auf sogenannte Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts tätig werden¹. Wenn wir die in den Bundeserlassen ausgesprochenen Vorbehalte² näher betrachten, sehen wir, dass nicht allen eine Delegation von Rechtsetzungskompetenzen zugrunde liegt, dass den Kantonen durch diese Vorbehalte nicht immer Befugnisse eingeräumt werden, die nicht schon in ihrer eigenen verfassungs-

¹ In der schweizerischen Doktrin wird die gleiche Erscheinung bald als Vorbehalt, bald als Delegation bezeichnet. Vgl. z. B. Fleiner/Giacometti 118. Daher die Unterteilung in konstitutive und deklaratorische Vorbehalte. Die von Rosin 73 gemachte Differenzierung zwischen Delegationen i. e. S. und Vorbehalten, als blossen Verweisen auf eine kraft Bundesverfassung bestehende landesrechtliche Zuständigkeit, hat in unserer Doktrin keinen Eingang gefunden. Vgl. auch Jellinek Gesetzesanwendung 98. Die in dieser Richtung gehende Argumentation des Bundesgerichtes in BGE 41 I 484 und 45 I 316 findet im schweizerischen Bundesstaatsrecht somit keine Stütze. Als Vorbehalte werden von Bütikofer 66 — im Gegensatz zur Delegation — Verweisungen auf die kraft Gemeindeautonomie bestehenden Rechtsetzungsbefugnisse bezeichnet.

² Über die verschiedenen gebräuchlichen Formulierungen Egger Geltungsbereich 184.

mässigen Zuständigkeit enthalten wären. Die Voraussetzung für die Setzung eines konstitutiven Vorbehaltes zugunsten des kantonalen Rechts — die grundsätzliche Kompetenz des Bundes zur Regelung der dadurch erfassten Materien — fehlt hier gänzlich. Bei solchen Vorbehalten handelt es sich in Wirklichkeit lediglich um Verweise auf eine verfassungsrechtliche Zuständigkeit der Kantone, denen jede konstitutive Bedeutung abzusprechen ist³. Indessen hat sich in der Literatur die Gewohnheit eingebürgert, in diesen Fällen von unechten oder uneigentlichen Vorbehalten, von Vorbehalten deklaratorischer Natur zu sprechen⁴. Wir möchten daher von dieser Terminologie nicht abweichen. Gemeinsam ist allen diesen deklaratorischen Vorbehalten, dass sie nur im Bereiche der verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone auftreten. Darüber hinaus ist ihnen aber eine ganz verschiedene Bedeutung beizulegen.

I. 1. Den Normalfall bilden die deklaratorischen Vorbehalte im eigentlichen Sinne, d. h. solche, die lediglich auf eine ohnehin eindeutig feststehende verfassungsmässige Zuständigkeit der Kantone verweisen. Wir wollen diese Art von Vorbehalten *rein deklaratorische* nennen. Eine besonders enge Verknüpfung zwischen dem Bundesrecht und dem „vorbehaltenen“ kantonalen Rechte besteht hier nicht. Das Bundesrecht stellt eine in sich geschlossene Ordnung dar. Das kantonale Recht ist aber befugt, unter Zugrundelegung anderer Gesichtspunkte — z. B. polizeilicher, steuerrechtlicher Natur usw. — die gleiche Materie beschlagende Rechtsnormen aufzustellen, doch darf dadurch die Einheit der ganzen Rechtsordnung nicht tangiert werden⁵.

Diese Art von Vorbehalten rein deklaratorischer Natur sind in den Bundeserlassen schlechthin entbehrlich, ist die Zuständigkeit der Kantone in diesen Bereichen doch ohnehin eindeutig gegeben. Immerhin kann der Aufnahme dieser Verweise auf die verbliebene kantonale Kompetenz eine gewisse referendumpolitische Bedeutung nicht abgesprochen werden. Oft bezweckt der Bundesgesetzgeber damit auch, die Kantone zu einem nach seinem Dafürhalten wünschenswerten gesetzgeberischen Vorgehen zu veranlassen.

Solche rein deklaratorische Vorbehalte liegen vor allem dann vor, wenn eine Bundesnorm die in dem ihr zugrundeliegenden Verfassungsartikel ausdrücklich enthaltene Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen wiederholt⁶ oder wenn in bestimmter Richtung schlechthin auf die vor-

³ BGE 57 I 211, vgl. auch Triepel Delegation 63 f., 81, Jellinek Gesetzesanwendung 96, Reichlin Komplikation 36, Droeven 80.

⁴ Fleiner/Giacometti 119 A. 3, Kommentare ZGB zu Art. 6, Vetter 15, Droeven 19.

⁵ Burckhardt Gesetzgebungskompetenzen 321 f., Egger Kommentar ZGB 6 N. 14, 16. Vetter 18. Vgl. auch BGE 43 I 286 und die unter 3 Anm. 18 zitierten Entscheide. Siehe auch Reichlin Komplikation 35 f.

⁶ Referendumsgesetz 10, Alkoholgesetz 39/3, 41/1, Lebensmittelgesetz 56/1, VO über den Spielbetrieb in Kursälen vom 1. 3. 1929 Art. 17/2.

behaltene kantonale Zuständigkeit verwiesen wird⁷. Mit solchen Vorbehalten rein deklaratorischer Natur haben wir es auch immer dann zu tun, wenn es sich nicht um Verweise auf eine expressiv verbi in der BV erwähnte kantonale Kompetenz handelt, das Weiterbestehen einer entsprechenden kantonalen Zuständigkeit sich aber eindeutig aus dem Wortlaut der betreffenden Verfassungsbestimmung ergibt. Wird z. B. der Bund in Art. 69 bis lit. a BV ermächtigt, gesetzliche Bestimmungen über den Verkehr mit Nahrungs- und Genussmitteln zu erlassen, ist klar, dass dadurch die Befugnis der Kantone, in dieser Materie Massnahmen aus gewerbe- oder strassenpolizeilichen Gründen zu treffen, nicht berührt wird⁸. Oder wenn in Art. 15 des BG betr. die Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Versicherungswesen, den Kantonen die Erteilung von Konzessionen an private Versicherungsunternehmungen zum Geschäftsbetriebe in ihrem Gebiete untersagt ist, versteht sich doch von selbst, dass die Kantone trotzdem befugt sind, auch von diesen Unternehmungen die ordentlichen Abgaben und Steuern zu erheben⁹. Rein deklaratorische Bedeutung ist auch den bundesrechtlichen Bestimmungen beizulegen, die lediglich Verweise auf die organisatorische Autonomie der Kantone darstellen, wie z. B. Art. 8 Abs. 3 des Epidemiengesetzes, wonach die Regelung der Frage, ob und in welchem Ausmasse die Kosten, die den Kantonen aus der Vollziehung des Gesetzes erwachsen, von den Gemeinden getragen werden sollen, der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten bleibt¹⁰.

2. Nicht mehr jeder Bedeutung entbehren die deklaratorischen bundesrechtlichen Vorbehalte dann, wenn, wie z. B. in Art. 69ter Abs. 2 BV, den Kantonen eine gewisse Kompetenz im Prinzip ausdrücklich gewahrt bleibt, für die Grenzen der kantonalen Zuständigkeit aber auf die Bundesgesetzgebung verwiesen wird. Auf diesem von der Bundesgesetzgebung abgedeckten Gebiete sind die Kantone auf Grund ihrer verfassungsmässigen Kompetenz tätig. Die deklaratorischen Vorbehalte sind hier aber ein im Interesse der Rechtssicherheit unentbehrliches Instrument zur genauen Abgrenzung des eigenen kantonalen Wirkungsbereiches¹¹.

3. In den meisten Fällen ergibt sich anhand der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen noch nicht eindeutig, wie weit die gegenseitigen Zuständigkeitsbereiche gehen. Hier ist es gemäss Art. 113 Abs. 3 BV Aufgabe des Bundesgesetzgebers, als einzige und letzte Instanz über das Vorhandensein seiner eigenen Kompetenz und damit indirekt auch

⁷ SchKG 22/1, StGB 343, 345 Ziff. 1, 365/1, Handelsstrafgesetz 8.

⁸ Lebensmittelverordnung 31/3.

⁹ Hierher gehören auch ZGB 702, 705/1, 801/2, 836, VO betr. das Güterrechtsregister v. 27. 9. 1910 Art. 32/2, Zivilstandsverordnung 27/2, OR 61, 73/2, Versicherungsvertragsgesetz 103/2, Fabrikgesetz 6/5, 74, Eisenbahngesetz 32/1, MFG 71/1, BG über Mass und Gewicht 31.

¹⁰ Verweise auf die organisatorische Autonomie der Kantone enthalten auch MFG 48.4, Bankengesetz 38/1, SchKG 6/3, OR 829, Wasserrechtsgesetz 14/3.

¹¹ Vgl. z. B. BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer 18/2 in Verbindung mit BV 69ter Abs. 2, MO 196/2 in Verbindung mit BV 19/4.

über die Reichweite derjenigen der Kantone zu entscheiden¹². Das bedeutet einmal, dass sich der Bundesgesetzgeber ungestraft solcher Materien bemächtigen kann, zu deren Regelung er auf Grund der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung nicht befugt wäre. Das besagt aber weiter — und dies ist in diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung —, dass allein der Bundesgesetzgeber dazu berufen ist, über das Vorhandensein der seine Zuständigkeit bestimmenden Kriterien¹³ zu befinden. Wenn z. B. dem Bund in Art. 69 BV die Kompetenz eingeräumt wird, „zur Bekämpfung übertragbarer oder stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren gesetzliche Bestimmungen zu treffen“, ist Sache des Bundesgesetzgebers, den Umfang seiner Kompetenz zu bestimmen, das heisst, die richtige Entscheidung darüber zu finden, welche Krankheiten als „stark verbreitet oder bösartig“ zu gelten haben.

Desgleichen obliegt dem Bundesgesetzgeber, die Abwägung der verschiedenen, mit den gesundheitspolizeilichen Erfordernissen in Konflikt tretenden anderweitigen Interessen vorzunehmen¹⁴. Erst wenn diese materiellen Entscheidungen getroffen sind, steht fest, wie weit die Kantone auf Grund ihrer verfassungsmässigen Kompetenz sich noch rechtsetzend betätigen können. Entsprechend hat der Bundesgesetzgeber in Ausführung des Art. 64 BV zu entscheiden, ob ein bestimmtes Rechtsinstitut noch als zivilrechtliches oder als öffentlich-rechtliches zu betrachten ist. Durch die Aufnahme einer materiell öffentlich-rechtlichen Materie in das Zivilgesetzbuch wird diese formell zu einer zivilrechtlichen. Der Bundesgesetzgeber besitzt hier die Kompetenzkompetenz¹⁵.

Ganz ähnlich verhält es sich im Gebiete der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes. In ihrem Bereiche bleibt der Bund auf den Erlass allgemeiner Grundsätze beschränkt. Wie weit hier aber gegangen werden darf, d. h. welche Vorschriften noch als allgemeine, grundsätzliche anzusprechen sind, ist ganz ins Ermessen des Bundesgesetzgebers gelegt¹⁶. Die eine Gesetzgebungszuständigkeit begründenden Kompetenznormen der BV weisen daher, rechtlich gesehen, den Charakter von den Bundesgesetzgeber bindenden Normativvorschriften auf. Seine gesetzgeberischen Erlasse

¹² Dazu Burckhardt Gesetzgebungskompetenzen 308 ff., Kommentar BV S. 20, 193 in bezug auf die Reichweite von BV 26. Sträuli 20 f. Vgl. zum Folgenden auch Reichlin Komplikation 33.

¹³ Hierzu Burckhardt Gesetzgebungskompetenzen 311 ff.; vgl. auch Imboden 35, 37.

¹⁴ Dazu Burckhardt Gesetzgebungskompetenzen 313.

¹⁵ Vgl. Gmür Kommentar ZGB 6 N. 3, Egger Kommentar ZGB 6 N. 5, Egger Geltungsbereich 179 f., Burckhardt Gesetzgebungskompetenzen 322: Art. 64 BV „sagt nicht, was in diese Formen (des öffentlichen oder privaten Rechts) gekleidet werden soll“. Burckhardt Kommentar BV 587, Holliger 84, Mutzner 11 ff., 15. Diese Art der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche zwischen Bund und Kantonen findet ihren Ausdruck in der Ausgestaltung der Kompetenzgerichtsbarkeit. Vgl. BV 113 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 3. Dazu Fleiner/Giacometti 872 ff.

¹⁶ Hierzu auch unten § 7 II.

sollen sich in dem durch die Vorschriften der BV gezogenen Rahmen bewegen. Was aber als innerhalb dieses Rahmens liegend zu betrachten ist, entscheidet allein der Bundesgesetzgeber. Ja, ganz von seinem Willen zur Verfassungstreue hängt ab, ob er sich in dem durch die Kompetenznorm abgesteckten Bereiche halten will¹⁷.

Die genaue Reichweite der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes lässt sich, wie gesehen, erst an Hand der entsprechenden Ausführungsgesetzgebung feststellen¹⁸. Es ergibt sich z. B. noch nicht aus Art. 64 BV, sondern erst aus dem ZGB und seinen Ergänzungsgesetzen, welche Institute als zivil- und welche als öffentlich-rechtliche zu betrachten sind. Aber selbst aus den Gesetzesbestimmungen lässt sich nicht immer mit Sicherheit erkennen, ob ein bestimmtes Institut als vollständig dem Zivilrecht einverleibt zu gelten hat, oder ob der Gesetzgeber noch Raum für die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der Kantone lassen wollte. Dies trifft namentlich dann zu, wenn eine materiell öffentlich-rechtliche Materie durch Aufnahme in die Privatrechtskodifikation zu einer formell zivilrechtlichen gestempelt wird¹⁹. So nimmt z. B. Art. 87 Abs. 1 ZGB die Familienstiftungen und die kirchlichen Stiftungen von der staatlichen Aufsicht gemäss Art. 84 ZGB aus. Da dieses Aufsichtsrecht aber nur formelles Zivilrecht, materiell aber öffentliches Recht darstellt²⁰, wäre ohne den besonderen Hinweis auf das kantonale öffentliche Recht in Art. 87 Abs. 1 wohl fraglich, ob in diesem Bereiche von den Kantonen eine öffentlich-rechtliche Aufsicht eingeführt werden dürfte oder ob die in Art. 87 Abs. 1 ausgesprochene Beschränkung der Aufsicht für die Kantone nicht schlechthin verbindlich ist²¹. Solche deklaratorische, der Klarstellung dienende Vorbehalte finden sich in der Bundesgesetzgebung in grosser Zahl²². Je nach der Lage des Einzelfalles sind diese Hinweise im Interesse der Rechtssicherheit von mehr oder weniger grosser Bedeutung.

Vetter²³ hat in diesem Zusammenhang den Begriff des konstitutiven Vorbehaltes zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts geprägt. Solche

¹⁷ Vgl. Burckhardt Gesetzgebungskompetenzen 308 f.; Imboden 12: „Die durch ein Fehlerkalkül ‚entkräfteten‘ Rechtsätze stellen keine Rechterzeugungsbedingungen dar. Sie sind keine Muss-, sondern Sollvorschriften.“ Es handelt sich somit lediglich um Ordnungsvorschriften.

¹⁸ A. A. Imboden 57.

¹⁹ Egger Geltungsbereich 181, Fleiner Giacometti 87 zu Anm. 58, BGE 42 I 351, 58 I 32, 61 II 355, 63 I 174, 64 I 29, 65 I 80, 70 II 224. Die Annahme von Egger Geltungsbereich 181 und Vetter 19, dass die Kantone stets die Möglichkeit haben, solche nur formell zivilrechtlichen Vorschriften durch ihr öffentliches Recht zu ergänzen, trifft daher in dieser allgemeinen Formulierung nicht zu.

²⁰ BGE 40 I 261.

²¹ So wie dies z. B. für die formell zivilrechtliche Regelung in ZGB 328 der Fall ist. BGE 42 I 351 f., vgl. oben § 5 I zu Anm. 3.

²² Vgl. z. B. ZGB 699/1, 703/3, 822/3. Hierzu auch BGE 41 I 25 f., weiter Lebensmittelgesetz 7/5 und dazu Burckhardt Kommentar BV 620, Sträuli 168 Anm. 31, Fleiner Bundesstaatsrecht 600.

²³ Vetter 15.

konstitutiven öffentlich-rechtlichen Vorbehalte liegen nach ihm dann vor, „wenn gewisse privatrechtliche Materien wegen ihres engen Zusammenhanges mit dem öffentlichen Recht und wegen ihrer mehr lokalen Bedeutung ausdrücklich ganz oder teilweise der kantonalen öffentlich-rechtlichen Normierung überwiesen werden“. Nach dieser Formulierung würden den in Frage stehenden Vorbehalten zugunsten des kantonalen Rechts eine Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen zugrunde liegen. Vetter geht hier aber von unrichtigen Voraussetzungen aus. Wenn nämlich der Bundesgesetzgeber auf die Regelung bestimmter privatrechtlicher Rechtsverhältnisse verzichtet — sei es wegen ihrer mehr lokalen Bedeutung oder wegen des engen Zusammenhanges mit dem kantonalen öffentlichen Recht — so macht er dies durch die Aufstellung echter privatrechtlicher Vorbehalte kenntlich²⁴. Die Kantone haben es dann in der Hand, ob sie die lichen Ordnung bedarf. Dies trifft z. B. zu für die Art. 87, 284, 659, 664 ausgestalten wollen²⁵. Anders liegen die Dinge aber dann, wenn der Bundesgesetzgeber ausdrücklich auf das kantonale öffentliche Recht verweist. Damit gibt er zu verstehen, dass er eine bestimmte Materie überhaupt nicht oder nur nach bestimmten Richtungen einer privatrechtlichen Ausgestaltung fähig hält und dass sie im übrigen einer öffentlich-rechtlichen Ordnung bedarf. Dies trifft z. B. zu für die Art. 87, 284, 659, 664 und 699 ZGB. Alle diese Vorbehalte zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts werden von Vetter als konstitutive, also auf einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen beruhende bezeichnet²⁶. Ganz verfehlt ist dies in bezug auf Art. 158 ZGB, der das von den Kantonen zu schaffende Scheidungsverfahren vorzeichnet, ist doch die kantonale Zuständigkeit für die Regelung des gerichtlichen Verfahrens in Art. 64 Abs. 3 BV ausdrücklich gewährt worden²⁷. Den in solchem Zusammenhange aufgestellten Vorbehalten kann ebenfalls nur deklaratorische Bedeutung beigelegt werden. Sie verweisen auf den verfassungsmässigen Zuständigkeitsbereich der Kantone. Denn der Begriff des Zivilrechts findet seine Grenzen dort, wo der Bundesgesetzgeber sie zieht. Betrachtet er eine Materie aus irgendeinem Grunde als ausserhalb des Zivilrechts liegend, so bleibt für eine Kompetenzübertragung an die Kantone kein Raum.

II. Ein grundsätzlicher Unterschied besteht zu den bisher besprochenen Fällen, wenn in einer ein einheitliches Ganzes bildenden Materie Bund

²⁴ Gegebenenfalls auch durch die Setzung eines unechten, kodifikationsbegrenzenden Vorbehaltes. Unten § 8.

²⁵ Kommentar Egger ZGB 5 N. 14, 6 N. 2. BGE 47 II 111 f.

²⁶ Hierzu auch BGE 41 I 25 f., 484.

²⁷ Vetter widerspricht sich übrigens selbst, wenn er S. 16 die öffentlich-rechtlichen Vorbehalte obligatorischer Natur als echte bezeichnet und dann S. 24 feststellt, dass diese verpflichtenden öffentlich-rechtlichen Vorbehalte eine Beschränkung der kantonalen Gewalt auf einem Gebiete darstellen, auf dem die Kantone sonst unabhängig sind. Kritik an der Ansicht Vettters wird auch geübt von Mutzner 53 Anm. 145.

und Kantone, beide gestützt auf ihre verfassungsmässige Zuständigkeit, nebeneinander rechtsetzend sich betätigen, die eine Rechtsordnung somit der Ergänzung der anderen dient. Hier werden sich die Dinge meist so verhalten, dass dem Bund die Setzung des materiellen, den Kantonen die Schaffung des formellen Rechts obliegt²⁸. Da die formelle Ordnung lediglich ein Mittel zur Durchsetzung des materiellen Rechts ist, kann bei einer solchen Kompetenzausscheidung nicht dem Belieben der Kantone anheimgestellt bleiben, ob und in welcher Weise sie von ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeit Gebrauch machen wollen²⁹. Ganz ähnlich liegen die Dinge auch im Gebiete der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes. Seine Befugnis zum Erlass allgemeiner Rechtsvorschriften hat nur dann einen Sinn, wenn er die Kantone auch verpflichten kann, die nähere Ausgestaltung und Ausführung dieser bundesrechtlichen Grundsätze in einer, den vom Bundesgesetzgeber angestrebten Zielen gerecht werdenden Weise vorzunehmen. Es darf daher dem Bundesgesetzgeber nicht verwehrt werden, in diesen Bereichen an die deklaratorischen Vorbehalte den kantonalen Gesetzgeber bindende materielle Normativvorschriften zu knüpfen³⁰), sofern und soweit dies zur Erreichung des von der Bundesgesetzgebung verfolgten materiellen Zweckes erforderlich ist.

Diese Abhängigkeit der kantonalen Regelung von der bundesrechtlichen Ordnung darf uns aber nicht zum Schlusse verleiten, dass den Kantonen hier eine entsprechende Rechtsetzungskompetenz durch den Bund delegiert werde³¹. Es sind hier streng auseinanderzuhalten, die auf der Verfassung beruhende Gesetzgebungskompetenz der Kantone und die Befugnis des Bundesgesetzgebers, die Kantone in Ausübung ihrer Zuständigkeit, im Interesse der Rechtsverwirklichung und der Einheit der gesamten Rechtsordnung, durch den Erlass von materiellen Normativbestimmungen in bestimmte Bahnen zu lenken.

1. Diese Normativvorschriften können bewirken, dass die Kantone ihre verfassungsmässige Zuständigkeit nur noch in einer gewissen, durch den Bundesgesetzgeber vorgezeichneten Richtung geltend machen können. So bestimmt z. B. Art. 699 Abs. 1 ZGB, dass das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wild wachsender Beeren, Pilze und dergleichen, in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet ist. Von diesem Grundsatz können

²⁸ Vgl. z. B. die in den Art. 64 Abs. 3 und 64 bis Abs. 2 BV vorgenommene Kompetenzausscheidung. Siehe auch Burckhardt Gesetzgebungskompetenzen 319 f.

²⁹ Im Gebiete des Zivilrechts ist daher insoweit für ZGB 6/1 kein Raum. Vgl. hierzu auch Egger Kommentar ZGB 6 N. 11, Fleiner Rechtsordnung 20 f., Burckhardt Gesetzgebungskompetenzen 319 f., 323. Siehe auch unten § 16 zu Anm. 14 ff.

³⁰ Sträuli 56 ff., 220, Imboden 31 f. und die dort zitierte Literatur. Vgl. auch Fleiner Bundesstaatsrecht 423, Burckhardt Gesetzgebungskompetenzen 319 f., 323, BGE 54 II 132 f., Vetter 48. Nach Droeven 112 besteht in diesen Randgebieten der kantonalen Zuständigkeit eine konkurrierende Kompetenz zwischen Bund und Kantonen.

³¹ Wie dies von Vetter (oben zu Anm. 23) und Lukas (unten § 14 I zu Anm. 9) angenommen wird.

die Kantone nur im Interesse der Kulturen einzelne bestimmt umgrenzte Ausnahmen vorsehen. Die Kantone dürfen also das Betreten von Wald und Weide zu dem angegebenen Zwecke nicht aus anderen Motiven weiteren öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterwerfen³². In der Literatur ist in diesem Zusammenhange — wie im Bereich der konstitutiven Vorbehalte — von fakultativen, d. h. ermächtigenden Vorbehalten öffentlich-rechtlicher Natur gesprochen worden³³.

2. Mit Hilfe anderer Normativvorschriften macht der Bundesgesetzgeber den Kantonen in ihrem eigenen verfassungsmässigen Kompetenzbereich ein bestimmtes legislatorisches Vorgehen zur Pflicht. Dies ist immer dann der Fall, wenn die bundesrechtliche Ordnung notwendig der Ergänzung durch das kantonale Recht bedarf.

a) Oft erteilen bundesrechtliche Normativvorschriften den Kantonen den verbindlichen Auftrag, sich in gewisser Richtung gesetzgeberisch zu betätigen, ohne aber der näheren Regelung der betreffenden Fragen selbst irgendwie vorzugreifen. So verweisen viele Bundesnormen schlechthin auf den zuständigen Richter³⁴, auf die zuständige Verwaltungsbehörde³⁵ oder auf ein von den Kantonen zu schaffendes Verfahren^{36 37}.

b) In anderen Fällen begnügt sich der Bundesgesetzgeber nicht damit, den Kantonen die Schaffung einer Behörde oder eines Verfahrens zur Pflicht zu machen. Er präjudiziert hier überdies mit seinen Direktiven die zu treffende kantonale Regelung. Dies trifft z. B. zu, wenn der Bundesgesetzgeber selbst über die örtliche Zuständigkeit des von den Kantonen einzusetzenden Richters befindet³⁸, oder wenn er bestimmt, dass die Kantone zur Erledigung gewisser Streitigkeiten ein Gericht, das als einzige

³² BGE 43 I 285 ff., BGE 58 I 175, Vetter 51.

³³ In der Tat lässt sich eine gewisse Analogie zu den Vorbehalten konstitutiver Natur nicht in Abrede stellen, namentlich wenn man berücksichtigt, dass auch im Bereiche der deklaratorischen Vorbehalte den Kantonen ein gewisses gesetzgeberisches Vorgehen zur Pflicht gemacht werden kann. Immerhin muss darauf hingewiesen werden, dass in diesem Zusammenhang Ermächtigungen an die Kantone nicht vorliegen, besitzen diese die entsprechende Rechtsetzungskompetenz doch bereits auf Grund der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung. Auch stellen die die Kantone bindenden Normativvorschriften ja Beschränkungen der kantonalen Zuständigkeit dar. Hierzu auch unten § 7 II zu Anm. 27 ff.

³⁴ Z. B. ZGB 253/1, 598/2, Fabrikgesetz 29/1.

³⁵ Fabrikgesetz 91/1, BG über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben 13/1, StGB 38, dazu Hafer allg. Teil 288, Entschuldungsgesetz 7, 86, Überschuldungsverordnung 4, 5, Heimarbeitsverordnung 21/1 usw.

³⁶ Pfandbriefgesetz 48, VO über die Kreditkassen mit Wartezeit v. 5. 2. 1935 64/2, Wettbewerbsgesetz 16, Wappenschutzgesetz 15/1, Bankengesetz 50/2, Berufsbildungsgesetz 59/2, Entschuldungsgesetz 3/3, Lotteriegesetz 47, Betäubungsmittelgesetz 20/1 usw.

³⁷ Hinsichtlich der Zuständigkeit der Kantone im Bereiche der Rechtsprechung und der damit verbundenen Schaffung von Vorschriften des formellen Rechts, unten § 16 I 3.

³⁸ Z. B. ZGB 35/2, 261/1, Wappenschutzgesetz 15/2 usw.

kantonale Instanz entscheidet, zu bezeichnen haben³⁹, dass ein von den Kantonen zu schaffendes Verfahren ein summarisches sein muss⁴⁰. Weiter gehen die Normativbestimmungen, mit deren Hilfe der Bundesgesetzgeber das von den Kantonen aufzustellende Verfahren in seinen Grundzügen vorzeichnet⁴¹. Am einschneidendsten sind die bundesrechtlichen Eingriffe wohl, wenn der Bundesgesetzgeber es unternimmt, das kantonale Verfahren in seinen wichtigsten Punkten selbst zu bestimmen⁴².

3. Aber nicht nur im Bereiche des formellen Rechts wird die verfassungsmässige kantonale Zuständigkeit durch bundesrechtliche Normativvorschriften eingeengt. Erstreckt sich die kantonale Kompetenz auf den Erlass von Normen materieller Natur, muss der Bundesgesetzgeber zwecks Abstimmung der beiden Rechtsordnungen auch hier befugt sein, den Kantonen in bestimmter Richtung ein gesetzgeberisches Vorgehen zur Pflicht zu machen⁴³ und die Erreichung des von ihm angestrebten Zweckes durch entsprechende materielle Direktiven sicherzustellen suchen⁴⁴.

§ 7. Gesetzesdelegation und Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes.

1. Von den verschiedenen Kompetenzen des Bundes, die in der Verfassung mit dem Ausdruck „Oberaufsicht“¹ bedacht worden sind, interessiert uns in diesem Zusammenhange nur die Oberaufsicht im Sinne einer beschränkten Gesetzgebungszuständigkeit². Die Kompetenzausscheidung ist hier durch die BV in der Weise vorgenommen worden, dass sowohl Bund wie auch Kantone innerhalb der gleichen Materie sich gesetzgeberisch betätigen können. Gleichwohl wäre falsch, in diesem Bereiche von konkurrierenden Kompetenzen zu sprechen³. Denn Bund und Kantone

³⁹ AHV 85, Patentgesetz 49, Markenschutzgesetz 29/1, dazu BGE 74 I 107, Musterschutzgesetz 33, Urheberrechtsgesetz 45, Bankengesetz 36/5, 37/8, KUVG 120/1, VO über Vollziehung des BG betr. den Militärpflichtersatz v. 26. 6. 1934 Art. 12.

⁴⁰ SchKG 25 Ziff. 2, ZGB 169/2, dazu Egger Kommentar ZGB 169 N. 9.

⁴¹ SchKG 25 Ziff. 1, Fabrikgesetz 29, 91/2, Heimarbeitsgesetz 19, KUVG 121/1, Eisenbahnhaftpflichtgesetz 22.

⁴² ZGB 158, 310 ff., VO über Vollziehung des BG betr. den Militärpflichtersatz v. 26. 6. 1934 Art. 78 ff., Urheberrechtsgesetz 53/1.

⁴³ ZGB 284/3, 289/2, 664/3. Dies trifft namentlich auch für die Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes zu. Vgl. z. B. Jagdgesetz 14, 30/1, 33, Fischereigesetz 22.

⁴⁴ StGB 47 in Verbindung mit StGB 379. Vgl. dazu Hafter allg. Teil 291. Siehe auch aus dem Gebiet der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen Jagdgesetz 7.

¹ Darüber Sträuli 39 Anm. 2, Droeven 20.

² Sträuli 39, Isler 17.

³ Vgl. hierzu Fleiner-Giacometti 100. So auch Hatschek I 117. Sträuli 70 ff. verwendet diesen Ausdruck zur Bezeichnung der Bundeskompetenzen mit nachträglich derogierender Kraft. Vgl. hierzu auch oben § 4 II Anm. 17.

treten nur dann miteinander in Konkurrenz, wenn sie in einem bestimmten Sachgebiet beide befugt sind, von derselben Zuständigkeit Gebrauch zu machen⁴. Dies trifft hier aber nicht zu. Bund wie auch Kantone üben innerhalb derselben Materie — die an sich umfassend oder beschränkt sein kann⁵ — keine gleichgerichteten, sondern verschiedenartige Zuständigkeiten aus: dem Bund obliegt der Erlass der richtunggebenden Normen, den Kantonen die nähere Ausgestaltung der bundesrechtlichen Grundsätze. Wir haben es hier mit Fällen von nicht ausschliesslichen Bundeskompetenzen zu tun⁶.

Mit der Übertragung einer Grundsatzgesetzgebungskompetenz an den Bund hat die BV die verfassungsmässige Zuständigkeit der Kantone auf dem betreffenden Gebiete im Prinzip unberührt gelassen. Gesetzgebung und Vollzug⁷ in diesen Materien gehören zum eigenen, durch die Bundesverfassung zugeschiedenen Wirkungskreis der Kantone. Es handelt sich denn auch um Rechtsgebiete, die mit gewissen Hoheitsrechten der Kantone aufs engste verflochten und einer selbständigen rechtlichen Behandlung nicht fähig sind⁸. Da diese Materien aber nicht nur von innerkantonalem Interesse sind, sondern darüber hinaus eine überragende Bedeutung für die gesamte schweizerische Volkswirtschaft besitzen — es sei hier nur auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte hingewiesen⁹ —, ist dem Bund durch die Verfassung die Befugnis eingeräumt worden, die Grundsätze aufzustellen, die von den Kantonen bei der rechtlichen Ausgestaltung dieser Sachgebiete befolgt werden müssen, damit trotz der kantonalen Mannigfaltigkeit die gesamtschweizerischen Interessen gewahrt bleiben¹⁰. Diese Bundesnormen müssen sich daher immer auf der Höhe allgemeiner Rechtsvorschriften halten¹¹. In diesem Rahmen können nach allgemein anerkannter Auffassung auch den Einzelnen direkt bindende Rechtsätze erlassen werden¹².

II. Im Bereiche der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen können, gemäss der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung, sowohl der Bund als auch die Kantone rechtsetzend sich betätigen. Der Umfang der kantonalen Zuständigkeit ergibt sich indirekt aus der dem Bunde durch die

⁴ Vgl. einen solchen Fall bei Fleiner/Giacometti 100 Anm. 44.

⁵ Fleiner/Giacometti 91, Sträuli 39 f.

⁶ Fleiner/Giacometti 91.

⁷ Trotzdem ist im Bereich des Wasserrechtsgesetzes die Entscheidung von Streitigkeiten weitgehend in die Hand des Bundes gelegt worden (vgl. hierzu die Aufstellung bei Isler 100, siehe auch OG 99 V). Eine solche Regelung drängte sich indessen notwendigerweise auf, handelt es sich doch vorwiegend um Verwaltungsstreitigkeiten, in denen die Kantone regelmässig selbst als Partei auftreten. Isler 95.

⁸ Man denke z. B. an die enge Verknüpfung der Ausübung der Fischerei mit der kantonalen Hoheit über die Gewässer. Dazu Sträuli 40.

⁹ Fleiner Rechtsordnung 15.

¹⁰ Fleiner/Giacometti 91, Isler 20 f., Sträuli 214.

¹¹ Sträuli 40, 221, Doehl 88.

¹² Fleiner Rechtsordnung 15, Hämmerli 82, Sträuli 46, Anschütz Kommentar RV S. 62, Doehl 87, Hatschek I 117, a. A. Kelsen Staatslehre 210.

Verfassung auferlegten Beschränkung auf die Schaffung der allgemeinen Rechtsgrundsätze¹³ und Richtlinien, die zur Wahrung der gesamtschweizerischen Interessen unumgänglich notwendig sind. Wie weit in Erfüllung dieser Aufgabe der Bundesgesetzgeber im einzelnen Fall zu gehen hat, ist nirgends ausdrücklich niedergelegt. Dies bleibt allein seinem eigenen pflichtgemässen Ermessen überlassen¹⁴. Ausserhalb des von der bundesrechtlichen Regelung beschlagenen Gebietes werden die Kantone aber immer auf Grund ihrer eigenen verfassungsmässigen Zuständigkeit tätig.

Mit diesen Ausführungen ist die Antwort auf die Frage nach der begrifflichen Möglichkeit einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone im Gebiet der Grundsatzgesetzgebungsmaterien bereits gegeben. Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers erschöpft sich in der Aufstellung allgemeiner Rechtsvorschriften. Seine Kompetenz findet ihre Grenzen dort, wo nach seinem pflichtgemässen Ermessen eine Notwendigkeit zur Aufstellung einheitlicher Bestimmungen nicht mehr besteht, der kantonalen Zuständigkeit im Rahmen des Bundesrechts also freie Bahn gewährt werden kann. Hier beginnt der eigene verfassungsmässige Gesetzgebungsbereich der Kantone. Die Eigenart dieser Kompetenzverteilung, welche die Grenzziehung zwischen dem Zuständigkeitsbereich des Bundes und demjenigen der Kantone innerhalb des gleichen Rechtsgebietes dem Bundesgesetzgeber überlässt, bringt mit sich, dass der Bereich der kantonalen Zuständigkeit im Bundesrecht keine positive Umschreibung erfährt, dass sich dieser vielmehr negativ aus der Reichweite der bundesgesetzlichen Normierung ergibt. Die eindeutige Festlegung der Grenzen der bundesrechtlichen Regelung erfolgt daher gesetzestechnisch meist durch die Aufstellung von Vorbehalten zugunsten des kantonalen Rechts¹⁵. Daneben erfüllen diese Vorbehalte häufig auch die Aufgabe, die Kantone auf eine besondere Seite der in Frage stehenden Normierung hinzuweisen, deren Regelung — wenn auch nicht im gesamtschweizerischen Interesse geboten¹⁶ — durch den kantonalen Gesetzgeber wünschenswert scheint¹⁷. Dass diesen Vorbehalten nur deklaratorische Bedeutung beigelegt werden kann, versteht sich nach dem Gesagten von selbst¹⁸. Dies gilt auch dann,

¹³ Sträuli 45, Burckhardt Kommentar BV S. 178.

¹⁴ Vgl. hierzu oben § 6 I 3, Burckhardt Kommentar BV S. 178, Sträuli 47, Isler 19, Hämmerli 72. Diese Bundeskompetenz ist daher mit einem dynamischen Moment behaftet. Sträuli 47. Dabei geht die Tendenz immer mehr in Richtung einer ausschliesslichen Bundeskompetenz. So wies das Jagdgesetz von 1875 26 Artikel, dasjenige von 1904 31 und das heute geltende von 1925 69 Artikel auf. Instrukтив in diesem Zusammenhang auch die Botschaft des Bundesrates zum Jagdgesetz von 1875 (wiedergegeben bei Hämmerli 73. Vgl. hierzu auch Isler 21).

¹⁵ Vgl. auch Droeven 19, 80 f.

¹⁶ Denn in diesem Fall hätte der Bundesgesetzgeber selbst die erforderlichen Vorschriften erlassen müssen.

¹⁷ Dies dürfte z. B. der Fall sein in bezug auf Jagdgesetz 23, 31/1,2, 60/2, Fischereigesetz 22, 27.

¹⁸ Ähnlich Droeven 19. Vgl. auch Triepel Delegation 85.

wenn sich der Bundesgesetzgeber nicht auf den Erlass allgemeiner Grundsätze beschränkt und seine Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung zu einer ausschliesslichen auszubauen bestrebt ist. Denn wo der Bund zu einer detaillierten Regelung gar nicht befugt ist, ist auch die Möglichkeit einer Delegation begrifflich ausgeschlossen. Übertragen werden können nur solche Kompetenzen, die man selbst auch besitzt¹⁹.

Diese deklaratorischen Vorbehalte sind häufig von Normativvorschriften an den kantonalen Gesetzgeber begleitet. Es wird den Kantonen so der Rahmen gezogen, in dem sie sich bei Ausübung ihrer Kompetenz zu bewegen haben²⁰. Wir sind auch auf den Gebieten, in denen die BV dem Bund den Erlass des materiellen Rechts, den Kantonen aber die Schaffung der formellen Ordnung übertragen hat, solchen Normativvorschriften begegnet²¹. Mit jenen Bestimmungen greift der Bundesgesetzgeber in den verfassungsmässigen Zuständigkeitsbereich der Kantone ein, so dass sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Normativvorschriften stellt²². Hier liegen die Verhältnisse anders. Normativbestimmungen sind den kantonalen Gesetzgeber bindende Richtlinien. Steht dem Bunde im Bereiche der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen die Befugnis zum Erlass von Vorschriften allgemeiner Natur zu und liegt bei ihm auch die Entscheidung, welche Normen noch als allgemeine zu gelten haben, so setzt er dadurch auch die Reichweite seiner Gesetzgebungszuständigkeit fest. Innerhalb dieses Bereiches muss es ihm aber unbenommen bleiben, die bundesstaatlichen Interessen in einer milderer Form als durch den Erlass unmittelbar anwendbarer Normen, durch die Aufstellung von Direktiven an den kantonalen Gesetzgeber zu wahren²³. Zur Feststellung des den Kantonen verbleibenden Zuständigkeitsbereiches sind diese als unecht erkannten bundesrechtlichen Vorbehalte aber nicht unentbehrlich. Häufig lässt sich die Reichweite der bundesrechtlichen Normierung auch aus den der Schaffung dieser Gesetzgebungskompetenzen zugrunde liegenden Motiven ableiten. So will z. B. Art. 25 BV dem Bund die Möglichkeit zur Aufstellung eines minimalen Wildschutzes einräumen²⁴. Der Bundesgesetzgeber ist daher nur befugt, für diese Gebiete insoweit einheitliche Vorschriften aufzustellen, als dies die gesamtschweizerischen Interessen gebieten. Die z. B. über die Jagdzeiten erlassenen Bestimmungen können daher nur als das unbedingt gebotene Mindestmass an Schutzvorschriften angesehen werden, über das hinauszugehen die Kantone jederzeit befugt sind. Daher

¹⁹ Hierzu unten § 14 I zu Anm. 9f. So auch Triepel Delegation 23.

²⁰ Vgl. z. B. Jagdgesetz 7/1, 25/1, 30—34. Fischereigesetz 32/1, Forstpolizeigesetz 45, Wasserrechtsgesetz 4, 18, 38 ff. Vgl. auch Isler 61, Droeven 116.

²¹ Siehe oben § 6 II zu Anm. 28.

²² Nach Droeven 112f. ist die kantonale Zuständigkeit in diesen Randgebieten keine ausschliessliche. Es bestehe vielmehr eine konkurrierende Zuständigkeit von Bund und Gliedern.

²³ Vgl. hierzu auch Droeven 116, Hämmerli 72f., Isler 20.

²⁴ Hämmerli 81.

muss es auch den Kantonen überlassen bleiben, den Schutz des Wildes noch weiter auszudehnen, die Jagdzeiten zu verkürzen, weitere Schutzgebiete zu bestimmen usw.²⁵. Auch im Bereiche der ausschliesslichen Bundeskompetenzen kann sich durch Auslegung ergeben, dass sich der Bundesgesetzgeber damit begnügt, in einer bestimmten Materie ein Minimum an Vorschriften aufzustellen, es also den Kantonen überlässt, eine weitergehende Normierung zu treffen. Der Bundesgesetzgeber hat in solchen Fällen von seiner Kompetenz nur teilweise Gebrauch gemacht, und die verfassungsmässige Zuständigkeit der Kantone bleibt insofern unberührt. Soweit dies zutrifft, liegen keine ausdrückliche oder stillschweigende echte Vorbehalte zugunsten der Kantone vor, sondern lediglich deklaratorische²⁶.

Wir haben bereits festgestellt, dass zufolge der besonderen Aufteilung der Rechtsetzungskompetenzen in den Oberaufsichtsmaterien für konstitutive Vorbehalte zugunsten der Kantone kein Raum ist. Es ist daher nicht richtig und nur dazu angetan Verwirrung zu stiften, in Übernahme der für den Bereich der konstitutiven Vorbehalte geltenden Terminologie, die deklaratorischen Vorbehalte, die mit Normativvorschriften verbunden sind, welche die Kantone zu einem bestimmten gesetzgeberischen Vorgehen verpflichten, als obligatorische zu bezeichnen. Ebenso muss es als unzulässig erachtet werden, deklaratorische Vorbehalte, die mit materiellen, lediglich für den Fall eines entsprechenden kantonalen Vorgehens Geltung beanspruchenden Normativvorschriften bedacht sind, mit dem Ausdruck fakultative, ermächtigende Vorbehalte zu belegen²⁷. In beiden Fällen liegen lediglich in ihrer Anwendung suspensiv-bedingte Bundesrechtsnormen vor, wobei im einen Fall ein entsprechendes gesetzgeberisches Vorgehen den Kantonen zur Pflicht gemacht²⁸, im anderen Fall aber freigestellt wird²⁹. Eine diese Terminologie rechtfertigende Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen vom Bund an die Kantone findet hier nicht statt³⁰.

III. Verschiedentlich ist schon die Frage erörtert worden, ob der Bundesrat im Rahmen dieser Grundsatzgesetzgebungskompetenzen auch zum Erlass von Vollziehungsverordnungen befugt sei. Wie wir uns erinnern,

²⁵ Der Vorbehalt in Jagdgesetz 29/1 ist daher entbehrlich. Vgl. auch Burckhardt Kommentar BV S. 187, Hämmerli 77 ff., 81. Über die Tragweite von Jagdgesetz 29: BGE 54 I 368 f. Hingegen stellen die Strafbestimmungen des Jagdgesetzes eine abschließende Regelung dar. Hämmerli 81, 91.

²⁶ Hierzu Fleiner/Giacometti 99 Anm. 40, 119 Anm. 6.

²⁷ Wie dies bei Hämmerli 82 f. gemacht wird.

²⁸ Vgl. z. B. Jagdgesetz 7, 14/3, 28, VO zum Jagdgesetz 4, Fischereigesetz 11, 24, 25, Wasserrechtsgesetz 2/1, Wasserbaupolizeigesetz 7, Forstpolizeigesetz 6, 9, 16, 26, 29. Über die Rechtfertigung dieser Direktiven vgl. § 6 II zu Anm. 30. Hinsichtlich der formellen Normativvorschriften in den Oberaufsichtsmaterien unten § 14 II 4. Vgl. auch Hämmerli 83.

²⁹ Z. B. Jagdgesetz 23, 29/1, 31, 34, Fischereigesetz 22, 27, Wasserrechtsgesetz 14/3.

³⁰ Indessen dürfte einem Kampf gegen diese verwirrende Terminologie kaum Erfolg beschieden sein, ist sie doch in der schweizerischen Doktrin seit langem heimisch. Vgl. z. B. Egger Kommentar ZGB 6 N. 12, Vetter 24, Hämmerli 82 usw.

gelangt die neuere staatsrechtliche Doktrin zur Ablehnung der Zulässigkeit einer Verschiebung der verfassungsmässigen Kompetenzgrenzen zwischen Legislative und Exekutive auf dem Wege der einfachen Gesetzgebung³¹. Die Einräumung eines unselbständigen, auf einer Delegation beruhenden Rechtsverordnungsrechts ist daher als verfassungsrechtlich unzulässig zu betrachten³². Doch wird die verfassungsmässige Zuständigkeit des Bundesrates zum Erlass von Vollziehungsverordnungen zu Bundesgesetzen allgemein anerkannt. Gesetzliche Hinweise auf die vom Bundesrat zu erlassenden Ausführungsverordnungen können daher nicht als eine Delegation von Rechtsetzungsgewalt aufgefasst werden. Die Befugnis des Bundesrates, Vollziehungsverordnungen zu erlassen, beruht vielmehr auf seiner Vollzugskompetenz gemäss Art. 102 Ziff. 5 BV. Erstreckt sich dieses selbständige Verordnungsrecht auch auf die Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes? Wie bereits betont, ist der Bund im Bereich der Oberaufsichtsmaterien auf den Erlass allgemeiner Rechtsvorschriften beschränkt. Was darüber hinausgeht, namentlich auch die nähere Ausgestaltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, gehört zum verfassungsmässigen Kompetenzbereich der Kantone³³. Für die vollziehende Befugnis des Bundesrates gemäss Art. 102 Ziff. 5 BV ist in diesen Materien überhaupt kein Raum³⁴. Hingegen muss der Bundesrat als oberste Aufsichtsbehörde selbstverständlich befugt sein, in Übereinstimmung mit Art. 102 Ziff. 2 BV darüber zu wachen, dass die vom Bundesgesetzgeber aufgestellten Grundsätze in der Gesetzgebung und im Vollzug der Kantone auch ihre Verwirklichung finden. Im Rahmen dieses Aufsichtsrechts muss daher der Bundesrat zum Erlass von Verwaltungsvorschriften an die Kantone kompetent sein³⁵. In den die Grundsatzgesetzgebungskompetenzen ausführenden Bundeserlassen finden sich zahlreiche Vorbehalte zugunsten bundesrechtlicher Vollziehungsverordnungen³⁶. Nach dem oben Dargelegten kann es sich dabei lediglich um Verweise auf die Kompetenz des Bundesrates zur Schaffung von Verwaltungsvorschriften handeln. In den entsprechenden Erlassen des Bundesrates finden sich denn auch eine grosse Zahl von blossen Verwaltungsvorschriften. Daneben enthalten sie aber auch viele Rechtsätze im engeren Sinne³⁷. Darüber hinaus beschränkt sich der Bundesrat nicht auf den Erlass spezieller, im betreffenden Bundeserlass ausdrücklich vorgesehener Ver-

³¹ Hierzu oben § 2 I.

³² Hierzu oben § 2 I.

³³ So auch Sträuli 48, BBl 1877 III 37 f.

³⁴ BBl 1877 III 34 ff. A. A. Guhl 97 f. Etwas anderes gilt natürlich für interkantonale und besonders auch für internationale Verhältnisse. Hier ist die Kompetenz des Bundesrates natürlich ausschliesslicher Art. Vgl. z. B. Fischereigesetz 25/2, 30, Wasserrechtsgesetz 24, 38/3 usw.

³⁵ Sträuli 49, Guhl 99 ff.

³⁶ Z. B. Fischereigesetz 4, 25/2, Jagdgesetz 3, 24/4, Wasserrechtsgesetz 5, 24/2 usw.

³⁷ Über diesen Begriff Fleiner/Giacometti 741. Vgl. z. B. Vollziehungsverordnung zum Jagdgesetz 5, VVO zum Fischereigesetz 3/2, 7, 15 usw.

ordnungen. Er macht des weiteren — gestützt auf die am Ende der Bundesgesetze meist figurierende Vollzugsklausel³⁸ — eine generelle Rechtsverordnungs-kompetenz geltend³⁹, obwohl diese Klausel in Anbetracht der aufgezeigten verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung nur als ein Verweis auf das sich aus der Stellung des Bundesrates als oberster vollziehender Behörde ergebende Recht zum Erlass von Verwaltungsverordnungen aufgefasst werden kann und somit jeder selbständigen Bedeutung entbehrt. Da aber die Zuständigkeit des Bundesrates als Bundesrechtsverordnungsberechtigter gemäss Art. 102 Ziff. 5 BV hier nicht gegeben ist, könnte er sich in diesem Bereiche nur gestützt auf eine spezielle Delegation rechtsetzend betätigen. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen ist, wie gesehen, abzulehnen. Der Bundesgesetzgeber begnügt sich aber gar nicht damit, dem Bundesrat die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsverordnungen zu delegieren. In einzelnen Fällen wurde ihm sogar die Befugnis zum Erlass gesetzesvertretender Rechtsverordnungen übertragen⁴⁰, so dass der genaue Umfang der kantonalen Zuständigkeit sich noch nicht aus dem Bundesgesetz, sondern erst an Hand der Vollziehungsverordnung des Bundesrates ergibt⁴¹.

§ 8. Die kodifikationsbegrenzenden Vorbehalte.

Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass die ausschliesslichen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes umfassender oder beschränkter Natur sein können. Eine umfassende Zuständigkeit gibt dem Bunde die Kompetenz zu einer allseitigen Ordnung, zur Kodifikation des betreffenden Rechtsgebietes¹. Solche umfassende Gesetzgebungskompetenzen ausschliesslicher Art besitzt der Bund z. B. im Bereiche des Zivil- und Strafrechts, des Schuldbetreibungsrechts². Wir wollen nun die auf Grund dieser Gesetzgebungskompetenzen ergangenen Bundeskodifikationen hinsichtlich der in ihnen auftretenden Vorbehaltsarten einer näheren Betrachtung unterziehen³. Der Einfachheit halber beschränken wir diese Untersuchung vorerst auf das ZGB.

³⁸ Fischereigesetz 34, Jagdgesetz 68, Wasserrechtsgesetz 72/1.

³⁹ Vgl. z. B. die Spezialverordnung des Bundesrates vom 17. 4. 1925 zum Art. 21 des BG über die Fischerei vom 21. 12. 1888, betr. die Verunreinigung von Gewässern, die gestützt auf den sich nur auf den Erlass von Verwaltungsvorschriften beziehenden Art. 34 Fischereigesetz erlassen wurde.

⁴⁰ Vgl. z. B. Wasserrechtsgesetz 5/1, 2.

⁴¹ Vgl. auch Isler 28.

¹ Fleiner/Giacometti 86.

² Darüber Fleiner/Giacometti 87.

³ Ohne auf die bereits behandelten Arten von deklaratorischen Vorbehalten nochmals einzutreten.

1. Das Prinzip der Gesamtkodifikation findet im Zivilrecht seinen Ausdruck in Art. 5 Abs. 1 ZGB und in Art. 51 SchlT ZGB⁴. Doch schliesst das Kodifikationsprinzip keinen Verzicht auf die Berücksichtigung des föderalistischen Aufbaues unseres Staatswesens in der Ausgestaltung dieser Bundeskompetenz in sich. Denn auf Grund besonderer, im ZGB ausgesprochener Vorbehalte, können die Kantone auch weiterhin auf dem Gebiete des Privatrechts sich gesetzgeberisch betätigen⁵.

a) Die durch das ZGB den Kantonen vorbehaltenen Rechtsetzungskompetenzen werden von der herrschenden Lehre in bezug auf ihren Inhalt in zwei Gruppen eingeteilt: den fakultativen werden die obligatorischen Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts gegenübergestellt⁶. Die erste Art von Vorbehalten begründet lediglich eine Ermächtigung, nicht aber eine Verpflichtung der Kantone, gesetzgeberisch vorzugehen. Verzichtet ein Kanton darauf, auf diesem Vorbehaltsgebiet sich rechtsetzend zu betätigen, bleibt es bei den bundesrechtlichen Vorschriften. Die von den obligatorischen Vorbehalten betroffenen Materien überlässt der Bundesgesetzgeber hingegen schlechthin dem kantonalen Recht. Auch bei Fehlen einer ausdrücklichen kantonalen Regelung beansprucht das Bundesrecht hier keine subsidiäre Geltung⁷.

Diese im Anschluss an die Zivilrechtskodifikation in die Doktrin aufgenommene Terminologie ist nun nicht unangefochten geblieben⁸. So wurde z. B. vorgeschlagen⁹, diese fakultativen Vorbehalte — in Würdigung des Umstandes, dass sowohl der Bund als auch die Kantone in der rechtlichen Ausgestaltung der betreffenden Materie sich rechtsetzend betätigen können — als konkurrierende, die obligatorischen Vorbehalte — da sie eine Materie der allseitigen Zuständigkeit der Kantone unterstellen — als ausschliessliche zu benennen. Das von der zivilrechtlichen Literatur verwendete Begriffspaar — obligatorische und fakultative Vorbehalte — sollte hingegen reserviert bleiben für die Aufteilung der Vorbehalte in solche, welche die Kantone zum Erlass ergänzender Normen verpflichten oder lediglich ermächtigen¹⁰. Wir wollen im Folgenden versuchen, zur

⁴ Egger Kommentar ZGB 5 N. 3, Gmür Kommentar ZGB 5 N. 3.

⁵ ZGB 5 Abs. 1.

⁶ Egger Kommentar ZGB 5 N. 8 f., Egger Geltungsbereich 188 f., Fleiner/Giacometti 119, Sträuli 199, Droeven 21.

⁷ Gmür Kommentar ZGB 5 N. 8 f., macht im Prinzip ebenfalls die hier wieder-gegebene Einteilung, nimmt aber für den Bereich der „obligatorischen“ Vorbehalte (Note 8) eine subsidiäre Geltung des Bundesrechts hinter dem kantonalen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht an. Wie wir noch sehen werden, trifft dies aber nicht zu.

⁸ Darüber Droeven 21 Anm. 22.

⁹ Sträuli 199 f.

¹⁰ Sträuli 200, Fleiner/Giacometti 119 f. Der Ansicht von Sträuli, dass die Aus-scheidung in ausschliessliche und konkurrierende Vorbehalte sich grosso modo mit derjenigen in obligatorische und fakultative (im Sinne von Verpflichtungen und Ermächtigungen) Vorbehalte deckt, können wir uns nicht anschliessen. Vgl. unten c Anm. 25.

Klärung des hier in der Terminologie herrschenden Wirrwarrs einiges beizutragen.

b) All den verschiedenen von der Literatur aufgezeigten Vorbehalten konstitutiver Natur muss eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen zugrunde liegen. Nur wenn wir von dieser gemeinsamen Grundlage aller echten Vorbehalte ausgehen, wird uns eine befriedigende Systematisierung gelingen.

Die Kommentatoren des schweizerischen Zivilrechts haben richtig erkannt, dass sich im ZGB — wie auch in den übrigen Bundeserlassen — zwei Vorbehaltstypen gegenüberstehen: die konstitutiven und die deklaratorischen Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts. Doch besteht unseres Erachtens hinsichtlich der Grenzziehung zwischen diesen beiden Gruppen nicht die wünschenswerte Klarheit.

Für den Bereich des schweizerischen Zivilrechts gilt das Kodifikationsprinzip. Nach Art. 51 SchlT ZGB sind „die zivilrechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben, soweit nicht bundesrechtlich etwas anderes vorgesehen ist“. Die Doktrin hat nun dieser Bestimmung, in konsequenter Durchführung des Kodifikationsprinzips, durchwegs nur die Tragweite beigelegt, dass die Kantone in Zukunft lediglich auf Grund einer Kompetenzübertragung von seiten des Bundes, also dank eines Vorbehaltes konstitutiver Natur, im Gebiete des Zivilrechts Rechtsätze erlassen können. Darin erschöpft sich jedoch die Bedeutung der Art. 5 Abs. 1 ZGB und 51 SchlT ZGB nicht. Den Wendungen „soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechts vorbehält“ und „soweit nicht bundesrechtlich etwas anderes vorgesehen ist“, kann nämlich auch die Bedeutung beigelegt werden, dass der Bund grundsätzlich das Gebiet des gesamten Zivilrechts erschöpfend regeln wollte, in gewissen Ausnahmefällen jedoch davon absah, eine mit dem eigenstaatlichen Leben der Kantone besonders eng verbundene Materie in seine Kodifikation miteinzubeziehen¹¹. Dass den Art. 5 Abs. 1 ZGB und Art. 51 SchlT ZGB tatsächlich auch dieser Sinn eigen ist, werden wir in den folgenden Ausführungen zu zeigen versuchen.

Soweit diese Vorbehalte auf Materien verweisen, die in die Kodifikation keine Aufnahme gefunden haben, können sie auch nicht Ausdruck einer Kompetenzübertragung vom Bund an die Kantone sein, hat der Bund auf den entsprechenden Teilgebieten seine Kompetenz doch gar nicht realisiert. Es sind in diesen Bereichen somit auch nach Erlass des ZGB die gleichen Grundsätze anwendbar, welche für die mit nachträglich derogierender Wirkung ausgestatteten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes vor Erlass der betreffenden Ausführungsgesetzgebung Geltung hatten. Das bedeutet, dass die Kantone auf diesen von der Kodifikation nicht erfassten Gebieten bis zum Erlass eines auch sie miteinbeziehenden Bundesgesetzes

¹¹ Diese doppelte Bedeutung ist auch Art. 400 StGB eigen. Vgl. hierzu unten 2. Lediglich als Ausdruck des Prinzips der Gesamtkodifikation werden die angeführten Bestimmungen auch von Reichlin Komplikation 35 aufgefasst.

weiterhin auf Grund ihrer eigenen verfassungsmässigen Kompetenz tätig werden können. Den entsprechenden Vorbehalten des ZGB ist daher nur eine deklaratorische Bedeutung beizumessen. Es werden durch sie den Kantonen keine Rechtsetzungsbefugnisse zugeschieden, die sie nicht ohnehin bereits besässen ¹².

Diese Verweise auf das kantonale Recht dienen also lediglich dazu, die Reichweite der bundesrechtlichen Kodifikation abzustecken ¹³. Wir wollen sie daher kodifikationsbegrenzende Vorbehalte nennen ¹⁴. Wenn diese Vorbehalte auch nur deklaratorische Natur aufweisen, sind sie im Gegensatz zu den Vorbehalten, die lediglich auf eine den Kantonen durch die Verfassung zugewiesene Kompetenz hinweisen, schlechthin unentbehrlich. Müsste doch ohne ihr Vorhandensein, gemäss dem der schweizerischen Zivilgesetzgebung zugrundeliegenden Prinzip der Gesamtkodifikation, die kantonale Kompetenz auf diesen Gebieten als erloschen gelten ¹⁵.

Da diese Materien ausserhalb der bundesrechtlichen Kodifikation liegen, versteht sich von selbst, dass die Aufstellung der betreffenden speziellen Normen vollständig dem kantonalen Recht überlassen bleibt ¹⁶. Verzichtet ein Kanton darauf, in diesem Bereiche gesetzliche Vorschriften zu erlassen, gilt kantonales Gewohnheitsrecht ¹⁷. Verweist ein kantonaler Erlass auf Bundesrecht, gelangt dieses innerhalb der kodifikationsbegrenzenden Vorbehalte stets als kantonales Recht zur Anwendung ¹⁸. Art. 53 Abs. 2 SchlT ZGB kommt hier somit nicht zum Zuge ¹⁹. Liegen hier aber tatsächlich kodifikationsbegrenzende, auf die verfassungsmässige Zuständigkeit der Kantone verweisende deklaratorische Vorbehalte vor, muss die Konsequenz, die Tatsache der für ein solches Teilgebiet unbeschränkten Weitergeltung

¹² Vgl. hierzu auch Droeven 83. Indessen kann der S. 85 zum Ausdruck gebrachten Ansicht, dass alle in der Bundesgesetzgebung auftauchenden Vorbehalte als Veweise auf die ursprüngliche verfassungsmässige Zuständigkeit der Kantone aufzufassen sind, nicht beigeipflichtet werden. Vgl. oben § 3 I.

¹³ Vgl. auch Doebl 99. Eine von der herrschenden schweizerischen Auffassung über das Wesen der Vorbehalte grundsätzlich abweichende Ansicht findet sich in der deutschen Doktrin. Hierzu unten § 14 I Anm. 3, § 15 2 zu Anm. 17 f.

¹⁴ Die also den obligatorischen Vorbehalten im Sinne der zivilrechtlichen Literatur entsprechen. Aus dem Gebiete des ZGB vgl. z. B. 59/3, dazu Egger Kommentar 59 N. 29, Art. 664, 686, 695, 697/2. Vgl. hierzu Kommentare ZGB zu Art. 5, Egger Geltungsbereich 195; Sträuli 199 betrachtet diese Fälle lediglich als besondere Erscheinungsformen des ergänzenden kantonalen Rechts.

¹⁵ Vgl. auch Egger Geltungsbereich 186.

¹⁶ Solche kodifikationsbegrenzende Vorbehalte statuieren daher niemals eine Pflicht des kantonalen Gesetzgebers, in diesem Bereiche rechtsetzend tätig zu werden. A. A. Sträuli 200.

¹⁷ Egger Geltungsbereich 189, Egger Kommentar ZGB 5 N. 12, Gmür Kommentar ZGB 5 N. 8, 664 N. 44. Vgl. auch unten § 13 I 2.

¹⁸ Egger Kommentar ZGB 59 N. 29, BGE 48 II 418, 55 II 335 E 3 und die dort zitierten weiteren Entscheide. Unrichtig Gmür Kommentar ZGB 5 N. 8, der hier eine subsidiäre Geltung des Bundesrechts annimmt.

¹⁹ So auch Egger Geltungsbereich 188.

des kantonalen Rechts, auch bei der Anwendung der Normen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts, der ja gemäss Art. 7 ZGB für das Gebiet des gesamten Zivilrechts Geltung besitzt, zum Ausdruck kommen. In der Tat zeigt sich hier ein gewichtiger Unterschied zwischen den kodifikationsbegrenzenden und den konstitutiven Vorbehalten. Wird z. B. den Kantonen durch einen konstitutiven Vorbehalt die Möglichkeit eröffnet, über das Bundesrecht hinausgehendes kantonales Recht zu schaffen, so hat ein Kanton mit der Aufstellung dieser weitergehenden speziellen Normen seine Rechtsetzungskompetenz erschöpft. Wenn daher Art. 427 Abs. 2 ZGB den Kantonen ermöglicht, für den durch einen Vormund oder durch Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden anlässlich ihrer Amtsausübung absichtlich oder fahrlässig verursachten Schaden vor dem Kanton die beteiligten Gemeinden oder Kreise haften zu lassen, haben sich die Kantone damit zu begnügen, für ihr Gebiet eine solche zusätzliche Haftung zu statuieren. Hingegen schliesst ein solcher Vorbehalt keine Kompetenz in sich, vom Bundesrecht abweichende Vorschriften allgemeiner Natur, z. B. über die Entstehung der Haftung usw. aufzustellen. Ganz anders verhalten sich die Dinge hingegen, wenn der Bundesgesetzgeber durch einen deklaratorischen Vorbehalt zu verstehen gibt, dass ein bestimmtes Rechtsgebiet nicht in seine Kodifikation miteinbezogen werden soll. Nichts hindert die Kantone in einem solchen Fall daran, in diesem Bereiche auch besondere, vom ZGB und OR abweichende allgemeine Vorschriften aufzustellen, sofern sich dies durch die Besonderheit der betreffenden Materie rechtfertigt²⁰. So kann das kantonale Recht besondere Grundsätze über Formerfordernisse, Stellvertretung, Willensmängel usw. schaffen²¹. Soweit dies nicht der Fall ist, gelten in Anbetracht der im übrigen allseitigen bundesrechtlichen Regelung die allgemeinen Bestimmungen des Bundesrechts und zwar nicht, wie dies früher unter dem alten OR der Fall war, als kantonales Recht, sondern als Bundesrecht²².

c) Wenn wir uns die von den Kommentatoren des ZGB geschaffene Unterteilung der konstitutiven Vorbehalte in obligatorische und fakultative in Erinnerung rufen, d. h. in solche, die ein Rechtsgebiet schlechthin den Kantonen überlassen und in solche, welche die Kantone lediglich zu einer Ergänzung des Bundesrecht ermächtigen, sehen wir, dass diese Einteilung dem Wesen der Dinge nicht gerecht zu werden vermag. Denn diese Dif-

²⁰ Egger Kommentar ZGB 5 N. 13, Egger Geltungsbereich 197 f. Vgl. z. B. Art. 59/3 in Verbindung mit ZGB 949/2 (dazu Egger Kommentar 949 N. 4) und VO über die Verhütung der Überschuldung landwirtschaftlicher Liegenschaften vom 16. 11. 1945 Art. 45. Durch diese gesonderte rechtliche Behandlung gehen aber diese Vorschriften ihres allgemeinen Charakters verlustig und werden zu speziellen. Zitelmann Grenzstreit 11 f., 18, 38. Für eine undurchbrochene Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des OR tritt BGE 42 II 53 ein.

²¹ Vgl. vorhergehende Anmerkung. Für das BGB vgl. Staudinger Kommentar EG BGB, Vorbemerkungen zu Art. 55—152 N. 7.

²² Egger Geltungsbereich 197 f., BGE 42 II 52.

ferenzierungskriterien stossen nicht bis zum Kern der Sache vor. Ausschlaggebend muss für die grundsätzliche Einteilung der Vorbehalte sein, ob sie eine Delegation von Rechtsetzungskompetenzen vom Bund an die Kantone in sich schliessen oder nicht. Je nach dem liegen dann konstitutive oder deklaratorische Vorbehalte vor. Wir sind zum Schluss gekommen, dass eine Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen den kodifikationsbegrenzenden Vorbehalten nicht zugrunde liegt. Sie stellen somit lediglich einen Sonderfall der deklaratorischen Vorbehalte dar²³. Es geht daher nicht an, die „obligatorischen“ und „fakultativen“ Vorbehalte als zwei Erscheinungsformen desselben rechtlichen Tatbestandes — der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone — zu betrachten und sie den deklaratorischen Vorbehalten gegenüberzustellen²⁴. Nachdem wir die von der zivilrechtlichen Literatur unterschiedenen Vorbehaltsarten als Sonderfälle der beiden fundamentalen Vorbehaltstypen — der konstitutiven und der deklaratorischen Vorbehalte — erkannt haben, ist das Begriffspaar „obligatorische und fakultative Vorbehalte“ zu einer anderweitigen Verwendung frei geworden. Eine solche Differenzierung nach Vorbehalten fakultativer und obligatorischer Natur, im Sinne von Ermächtigungen und Verpflichtungen an den kantonalen Gesetzgeber ist nun im Bereiche der konstitutiven Vorbehalte geboten.

Sträuli²⁵ geht bei seiner Einteilung der Vorbehalte in konkurrierende und ausschliessliche davon aus, dass beiden Arten eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen zugrunde liegt. Überdies ist die von Sträuli verwendete Terminologie nicht dazu angetan, die hier herrschende Verwirrung zu klären. Denn die behauptete Analogie zu den konkurrierenden und ausschliesslichen Gesetzgebungskompetenzen besteht nicht. Im Gegenteil. Die „ausschliesslichen“ Vorbehalte entsprechen den konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen des Bundes²⁶, da auf diesen Gebieten, wie gesehen, die Gesetzgebungsbefugnis sowohl des Bundes wie auch der Kantone, weiterhin direkt auf der Verfassung beruht. Auch kann der Annahmender Vorbehalt meist auch ausschliesslicher Natur ist. Hier trifft gerade das Gegenteil zu. Im Bereiche des ergänzenden kantonalen Rechts, dessen Erlass eine bundesrechtliche Pflicht der Kantone darstellt, kann sich der Bund nicht vollkommen desinteressieren²⁷. Es liegt nicht bei den Kantonen, darüber zu befinden, ob sie hier rechtsetzend tätig werden wollen. Soweit

²³ Vgl. auch Vetter 25, der die von uns so bezeichneten kodifikationsbegrenzenden Vorbehalte in Parallele setzt mit den deklaratorischen Vorbehalten.

²⁴ Wie dies namentlich durch die zivilrechtliche Literatur geschieht. Vgl. die Kommentare zum ZGB Art. 5.

²⁵ Sträuli 119 f.; vgl. hierzu auch oben a zu Anm. 9.

²⁶ d. h. den Bundesgesetzgebungskompetenzen mit nachträglich derogierender Kraft im Sinne der von uns verwendeten Terminologie.

²⁷ Wie dies für den Bereich der „ausschliesslichen“ (also kodifikationsbegrenzenden) Vorbehalte charakteristisch ist.

es sich um solche verpflichtende Vorbehalte handelt, steht dem Bund vielmehr das Mittel der Ersatzvornahme zur Verfügung²⁸.

2. Auch im Bereich der übrigen ausschliesslichen Bundeskompetenzen umfassender Natur stossen wir auf solche deklaratorische, kodifikationsbegrenzende Vorbehalte. So bestimmt das BG betr. die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten in Art. 2, dass die Tombola durch die bundesrechtliche Regelung nicht erfasst wird, obwohl der Bundesgesetzgeber auf Grund von Art. 35 Abs. 6 BV zweifellos zu einer umfassenden Regelung des gesamten Lotteriewesens befugt wäre²⁹. Ebenso finden wir im Strafrecht in Art. 335 einen die Reichweite der Kodifikation abgrenzenden Vorbehalt. Wie hinsichtlich der entsprechenden Vorbehalte des ZGB, sind die Kantone auch hier frei, für das ihnen überlassene Übertretungsstrafrecht von den allgemeinen Bestimmungen des StGB abweichendes Recht zu schaffen³⁰. Einen kodifikationsbegrenzenden Vorbehalt stellt weiter Art. 23 lit. b des BG über die Heimarbeit dar, der die Regelung der Arbeitszeit der Heimarbeiter dem kantonalen Recht überlässt³¹. Soweit diese Vorbehalte reichen, sind die Kantone weiterhin auf Grund ihrer verfassungsmässigen Kompetenz tätig; der Bund verfügt hier nach wie vor über eine Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogierender Kraft.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass den kodifikationsbegrenzenden Vorbehalten stets nur deklaratorische Bedeutung beigemessen werden kann, da ihnen eine Delegation von Rechtsetzungskompetenzen nicht zugrunde liegt. Sie sind daher für unsere weiteren Betrachtungen nicht von Interesse. Im folgenden Abschnitt wollen wir uns den konstitutiven Vorbehalten zugunsten der Kantone zuwenden. Wir möchten aber schon an dieser Stelle darauf hinweisen, dass die einzelnen Vorbehalte von ganz verschiedener Tragweite sind. In die folgenden Klassifizierungsversuche konnten daher nur die häufigsten Erscheinungsformen miteinbezogen werden. In vielen Fällen lässt sich überdies zwischen den einzelnen Vorbehaltsarten eine scharfe Trennungslinie nicht ziehen.

²⁸ Hierüber unten § 10 I 2 a.

²⁹ Burckhardt Kommentar BV S. 305.

³⁰ Hafter Vorbehalte 15a, 19a f.; dies ist selbstverständlich für den Bereich des Verwaltungs- und Steuerstrafrechts, da diese Gebiete von Art. 64 bis BV und damit von der Rechtsvereinheitlichung ohnehin nicht erfasst werden. Hafter Vorbehalte 38a f. Vgl. auch Thormann-v. Overbeck Kommentar StGB 335 N. 2, Emil Jucker: Die kantonalen Vorbehalte im StGB, Diss. Zch. 1946, S. 40 ff. Wird der allgemeine Teil des eidgenössischen StGB von den Kantonen für das ihnen überlassene Übertretungsstrafrecht übernommen, haben diese Vorschriften den Charakter kantonalen Rechts. BGE 69 IV 211, 71 IV 51, 54. Von einem konstitutiven Vorbehalt sprechen in diesem Zusammenhang Fleiner/Giacometti 120 Anm. 17.

³¹ Entsprechend auch Ruhezeitgesetz 28 2, Handelsreisendengesetz 18. Die hier zur Diskussion gestellte Frage berührt sich schlussendlich mit derjenigen nach der Vollständigkeit einer bundesrechtlichen Regelung.

2. Abschnitt:

DIE KONSTITUTIVEN VORBEHALTE ZUGUNSTEN DES KANTONALEN RECHTS.

§ 9. Das ergänzende kantonale Recht.

Häufig treffen wir im Bereiche des Bundesrechts auf die Erscheinung, dass die darin getroffene rechtliche Regelung eine lückenhafte ist, sei es, dass der Bundesgesetzgeber sich auf die Aufstellung von gewissen grundlegenden Normen beschränkt, sei es, dass er eine bestimmte Seite eines Rechtsverhältnisses nicht ausgestaltet, oder dass er gar ganze Rechtsinstitute keiner Normierung unterzieht. Ist hier die Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers zur Ergänzung der bundesrechtlichen Bestimmungen und zur Ausfüllung der im Bundesrecht vorhandenen Lücken gegeben? Diese Frage kann in all den Fällen vorbehaltlos bejaht werden, in denen die Kantone in der ergänzenden Rechtsetzung sich auf ihre verfassungsmässige Zuständigkeit berufen können¹. Diese Befugnis der Kantone ist auch überall dort gegeben, wo einem Bundesgesetz entnommen werden kann, dass es von der verfassungsmässigen Kompetenz des Bundes nicht erschöpfend Gebrauch machen wollte, in den von ihm nicht normierten Belangen also weiterhin eine Bundeskompetenz mit nachträglich derogierender Kraft besteht².

Anders verhalten sich die Dinge dann, wenn eine Befugnis der Kantone zur weiteren Ausgestaltung des Bundesrechts sich nicht aus der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung oder aus einer nur teilweisen Inanspruchnahme einer Gesetzgebungskompetenz durch den Bundesgesetzgeber ableiten lässt. Bei einer solchen Sachlage ist stets davon auszugehen, dass Lücken im Bundesrecht nur wieder durch Erlasse der gleichen Rechtsquelle ausgefüllt werden können³. Dies gilt für die Bundesgesetzgebungen kodifikatorischen Charakters⁴. Darüber hinaus beansprucht dieser Grundsatz auch Anerkennung für die übrigen Bundeserlasse, wird mit der Übertragung einer Rechtsetzungskompetenz an den Bund doch die Rechtseinheit angestrebt. Dieses Ziel würde aber durch eine willkürliche gliedstaatliche Ergänzung des Bundesrechts vereitelt⁵. Daraus ergibt sich, dass die kantonale Rechtsetzung nie zur Ausfüllung von Lücken im Bundesrecht berufen sein kann, dass folglich eine Ausgestaltung bundesrechtlich normierter Materien durch

¹ Wie z. B. im Bereich der Oberaufsichtsmaterien. Vgl. auch Sträuli 183.

² Sträuli 184, 185 zu Anm. 8, Fleiner/Giacometti 99 zu Anm. 40, 119 zu Anm. 6.

³ Hierzu oben § 5 3 zu Anm. 15 ff.

⁴ Vgl. z. B. ZGB 1.

⁵ Dazu Fleiner/Giacometti 99, Sträuli 186. Über die Frage der Ausfüllung der Lücken im Bundesrecht im einzelnen Sträuli 184 ff.

den kantonalen Gesetzgeber immer nur auf Grund einer besonderen⁶ Kompetenzübertragung, bei Vorliegen einer entsprechenden Willenskundgebung des Bundesgesetzgebers als zulässig scheint. Von Lücken in der bundesrechtlichen Regelung kann in diesem letzteren Fall aber nicht gesprochen werden. Denn durch die Setzung von Vorbehalten hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz — wenn auch in nur mittelbarer Weise — Gebrauch gemacht⁷.

Häufig begnügt der Bundesgesetzgeber sich damit, die ihm zur Erreichung der Rechtseinheit unerlässlich scheinenden Vorschriften aufzustellen und überlässt den Kantonen auf Grund einer ihnen übertragenen Rechtsetzungsbefugnis frei darüber zu befinden, ob sie diese bundesrechtliche Regelung für genügend erachten, oder ob die in den Kantonen verwurzelten Rechtsanschauungen eine weitere, durch das kantonale Recht vorzunehmende Ausgestaltung dieser Materien erheischen. Die Tragweite der einzelnen Vorbehalte zugunsten des ergänzenden kantonalen Rechts ist nun eine ganz verschiedene⁸.

1. Am wenigsten weit gehen die Vorbehalte, die den Kantonen lediglich ein bestimmtes gesetzgeberisches Vorgehen im Sinne der Schaffung gewisser Vorschriften des formellen Rechts freistellen. Ein solcher Vorbehalt liegt z. B. vor, wenn den Kantonen überlassen bleibt, ob sie für eine bundesrechtlich normierte Rechtshandlung Gebühren erheben wollen⁹. Dabei kann es der Bundesgesetzgeber selbst übernehmen, die zulässigen Gebühren festzusetzen¹⁰. In anderen Fällen schreibt er lediglich vor, dass diese Gebühren mässige sein müssen¹¹ oder verzichtet überhaupt auf die Aufstellung einer die Kantone einschränkenden Normativvorschrift¹². Doch auch im letzteren Fall gilt der Grundsatz, dass die kantonalen Gebührenansätze stets so bemessen sein müssen, dass durch sie der bundesrechtlich verfolgte Zweck nicht beeinträchtigt oder gar vereitelt wird¹³.

In der Literatur wird gelegentlich die Frage aufgeworfen, ob in diesem Zusammenhang von Ausführungs- oder von Ergänzungsvorschriften zum

⁶ Ausdrücklichen oder auch stillschweigenden. Oben § 5.

⁷ Dazu oben § 5 3 Anm. 18. Es liegt hier somit keine nur stückweise Realisierung der Bundeskompetenz vor, wie Sträuli 198 annimmt.

⁸ Darüber auch Sträuli 198.

⁹ Der Ansicht von Sträuli 202, dass die Kantone in beliebigem Umfange von den fakultativen Vorbehalten Gebrauch machen können, kann daher nicht vorbehaltlos beigeprägt werden. Denn häufig haben die Kantone nur die Möglichkeit, im Bundesrecht bereits genau umschriebene Ergänzungsvorschriften aufzustellen oder es dann bei der bundesrechtlichen Normierung bewenden zu lassen.

¹⁰ Vgl. z. B. VO zum Betäubungsmittelgesetz 42/1, Handelsreisendengesetz 10. In diesen Fällen liegen vollständige, in ihrer Anwendbarkeit suspensiv-bedingte Bundesrechtsätze vor.

¹¹ Lebensmittelverordnung 38.

¹² ZGB 954 Abs. 1.

¹³ Dazu Kommentar Egger ZGB 954 N. 1, SJZ Bd. 11 S. 80. Vgl. auch BGE 73 I 383 f.

Bundesrecht zu sprechen sei¹⁴. Wenn auch die Meinung vertreten wird, dass dieser Unterscheidung im kantonalen Staatsrecht — für die Beantwortung der Frage nach der Zuständigkeit zum Erlass der kantonalen Einführungsbestimmungen zum Bundesrecht — eine gewisse Bedeutung nicht abgesprochen werden kann¹⁵, scheint uns doch zum mindesten in diesem Zusammenhang eine solche Differenzierung fehl am Platze. Denn wie wir noch sehen werden¹⁶, ist das Verhältnis der zur Ausführung des Bundesrechts dienenden kantonalen Vorschriften zu dem diese Rechtsätze veranlassenden Bundesrecht nicht das eines „Fertigdenkens dessen was im Gesetz schon gewollt ist“, wie dies für die Vollziehungsverordnungen der Exekutive zu den Erlassen der Legislative gilt¹⁷. Dies ist die Aufgabe der bundesrätlichen Vollzugsvorschriften. Die Kantone sind im Bereich der ausschliesslichen Bundeskompetenzen in den weitaus meisten Fällen lediglich dazu berufen, die Ergänzung der bundesrechtlichen Regelung nach gewissen Richtungen hin vorzunehmen. Die kantonalen Einführungserlasse zum Bundesrecht können in ihrer Gesamtheit betrachtet somit nie den Charakter einer eigentlichen Ausführungsverordnung aufweisen. Den Kantonen ist in vielen Fällen die Befugnis zur Setzung von primären Rechtsätzen von nur untergeordneter Bedeutung eingeräumt. Aber auch wenn die Kantone zur Setzung sekundärer Normen berufen sind, treten diese lediglich als Ergänzung zu der generellen sekundären Rechtsetzung des Bundesverordnungsberechtigten¹⁸. Die vorbehaltenen kantonalen Bestimmungen stellen somit immer ergänzendes Recht dar. Ein Versuch zur Differenzierung der kantonalen Einführungsbestimmungen, je nachdem sie der Ausführung oder der Ergänzung des Bundesrechts dienen, entbehrt daher jeder Berechtigung. Dies ganz abgesehen von der Fragwürdigkeit einer solchen Unterteilung. Man kann sich z. B. in guten Treuen darüber streiten, ob ergänzendes kantonales Recht oder Ausführungsbestimmungen im eigentlichen Sinne vorliegen, wenn den Kantonen überlassen bleibt, ob sie in einem bundesrechtlich vorgesehenen Verfahren eine weitere Instanz einschieben wollen¹⁹.

2. Von grösserer praktischer Bedeutung ist der Anteil der Kantone an der Ausgestaltung der bundesrechtlichen Regelung, wenn der Bundesgesetzgeber darauf verzichtet, eine bestimmte Materie in materieller Beziehung abschliessend zu ordnen. Auch hier sind hinsichtlich der Tragweite dieser Vorbehalte wiederum mancherlei Abstufungen möglich.

a) Am geringsten ist die Bewegungsfreiheit des kantonalen Gesetzgebers, wenn ihm zwar gestattet ist, in bestimmter Richtung über das Bundesrecht hinausgehende kantonale Vorschriften aufzustellen, die zulässige weitere partikularrechtliche Normierung aber mit Hilfe entsprechender Normativ-

¹⁴ Müller 133 Anm. 19.

¹⁵ Hierzu unten § 16 III zu Anm. 70.

¹⁶ Unten § 16 I 4 zu Anm. 35 ff.

¹⁷ Hierzu unten § 16 I 4.

¹⁸ Über die Einteilung der Rechtsätze in primäre und sekundäre Fleiner/Giacometti 774, Giacometti Kantone 489.

¹⁹ Vgl. hierzu z. B. SchKG 13/2, Berufsbildungsgesetz 21/1, Referendumsgesetz 6.

vorschriften bereits im betreffenden Bundeserlass ihre abschliessende Festlegung gefunden hat. So wird z. B. in Art. 426 ZGB statuiert, dass der Vormund und die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden für den Schaden haften, den sie absichtlich oder fahrlässig verschulden. Für den durch diese Haftung allenfalls nicht gedeckten Schaden hat gemäss Art. 427 Abs. 1 ZGB der Kanton einzustehen. Wenn nun ein Kanton die Wahrscheinlichkeit seiner Inanspruchnahme verringern will, kann er dies nicht durch eine Änderung der Haftungsgrundsätze erreichen, sondern lediglich dadurch, dass er eine vorgängige Haftung der bei der Bestellung der vormundschaftlichen Organe beteiligten Gemeinden oder Kreise einführt²⁰.

Der Bundesgesetzgeber kann sich aber auch damit begnügen, den Kantonen den Rahmen vorzuzeichnen, innerhalb dessen sie sich in ihrer ergänzenden Rechtsetzung zu bewegen haben, ohne ihnen die freie Entschliessung darüber entziehen zu wollen, in welchem Umfange sie von der bundesrechtlichen Ermächtigung Gebrauch zu machen gedenken. Dies trifft z. B. zu, wenn wie in Art. 147 Abs. 2 der VO über den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, die Kantone als ermächtigt erklärt werden, auch für Brotsorten von weniger als 0,5 kg Gewicht, Vorschriften über das Laibgewicht aufzustellen²¹.

b) Eine weitere Entfaltungsmöglichkeit wird den Kantonen gewährt, wenn das Bundesrecht sich darauf beschränkt, durch das Aufstellen von materiellen Direktiven ein Feld abzugrenzen, in dessen Bereich der kantonale Gesetzgeber in der Ergänzung des Bundesrechts sich frei bewegen kann. So, wenn das Bundesrecht in Art. 843 ZGB den Kantonen freistellt, für die Errichtung von Schuldbriefen den Beteiligten eine amtliche Schätzung des Grundstückes zur Verfügung zu stellen oder allgemein vorzuschreiben. Das Bundesrecht beschränkt sich darauf festzuhalten, dass es sich um eine amtliche Schätzung handeln muss. Nach welchen Gesichtspunkten diese Schätzung zustandekommen soll und für welche Fälle sie vorzusehen oder zur Verfügung zu stellen ist, bestimmt sich ausschliesslich nach kantonalem Recht²². Das gleiche gilt, wenn Art. 44 Abs. 2 SchlT ZGB den Kantonen freistellt, alle im Grundbuch nicht eingetragenen dinglichen Rechte auf einen bestimmten Zeitpunkt hin als aufgehoben zu erklären. Die Kantone erfreuen sich völliger Freiheit in der Wahl dieses Zeitpunktes und ihnen bleibt anheimgestellt, in welchem Umfange sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen²³.

²⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer v. 26. 3. 1931 Art. 3/1, Zivilstandsverordnung 60/2, Handelsregisterverordnung 118, Entschuldungsgesetz 105/2, VO über Vollziehung des BG betr. den Militärpflichtersatz v. 26. 6. 1934 Art. 58/1, Ruhezeitgesetz 8/2.

²¹ Weitere analoge Beispiele: Lebensmittelverordnung 76/8, 145/2, Fabrikgesetz 58/1, 80 2, Zivilstandsverordnung 29/4, BG betr. Arbeitszeit bei den Eisenbahnen v. 16. 6. 1919 Art. 13/2, MFG 3.

²² Vgl. Gmür Kommentar ZGB 843 N. 2.

²³ Vgl. Gmür Kommentar SchlT ZGB 44 N. 5f. Hierher gehören auch ZGB 621 quater, 383 Ziff. 6, StGB 366/2.

c) Eine wichtige Aufgabe hat die kantonale Gesetzgebung im Rahmen des bundesrechtlichen Zuständigkeitsbereiches dann zu erfüllen, wenn der Bundesgesetzgeber in einer bestimmten Materie sich damit begnügt, ein Minimum an Rechtssätzen aufzustellen und die weitere Ausgestaltung ganz dem Gutdünken der Kantone überlässt. So hat sich z. B. der Bundeszivilgesetzgeber in den Art. 907 ff. ZGB darauf beschränkt, mit wenigen Vorschriften in die Ordnung des Pfandleihgewerbes einzugreifen. Gemäss Art. 915 ZGB sind die Kantone zu einer weitergehenden Normierung dieses Gewerbes befugt²⁴. Ebenso wird den Kantonen in Art. 4 Abs. 1 und 2 des BG betr. die Heimatlosigkeit vorgeschrieben, welche Rechte den eingebürgerten Heimatlosen von Bundes wegen zu gewähren sind, den Kantonen aber in Abs. 3 freigestellt, mit der Einbürgerung weitere Berechtigungen zu verbinden²⁵. In ihrer gesetzgeberischen Ausgestaltung berühren sich diese Materien stark mit den Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes. In der Praxis dürfte nicht immer leicht sein, diese Fälle von denen zu trennen, in welchen der Bundesgesetzgeber gar nicht die volle verfassungsmässige Kompetenz in Anspruch nehmen wollte, eine entsprechende, direkt auf der Verfassung beruhende kantonale Zuständigkeit somit auch nach Erlass des betreffenden Bundesgesetzes weiter besteht²⁶. Dies gilt namentlich dann, wenn man die Möglichkeit stillschweigender Vorbehalte anerkennt.

d) Gewisse Rechtsfragen haben durch den Bundesgesetzgeber eine abschliessende Regelung erfahren, doch wurde den Kantonen die Möglichkeit eingeräumt, die bundesrechtliche Normierung auf Gebiete zu erstrecken, die vom betreffenden Bundeserlass nicht erfasst werden. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn in Art. 26 des BG betr. die Bekämpfung von Tierseuchen die Kantone ermächtigt werden, auch noch in anderen als den bundesrechtlich vorgesehenen Fällen an Schäden Beiträge zu leisten und der Bund seinerseits eine gewisse Schadensübernahme für diese zusätzlichen Fälle zusichert²⁷.

e) Ergänzendes kantonales Recht liegt auch vor, wenn der Bundesgesetzgeber den Kantonen die Schaffung einer Behörde für bestimmte bundesrechtlich vorgesehene Rechtshandlungen zur Pflicht macht, es ihnen

²⁴ Gmür Kommentar ZGB 915 N. 1 ff. Der Vorbehalt in 915/1 hat lediglich deklaratorische Bedeutung in bezug auf die öffentlich-rechtliche Normierung. Er ermächtigt die Kantone aber auch zur Aufstellung weiterer privatrechtlicher Bestimmungen.

²⁵ Vgl. hierzu auch unten § 10 II 4 zu Anm. 26. Lebensmittelverordnung 21/3, 195, 389, Zivilstandsverordnung 11, 128/1, OR 236, MFG 31, ZGB 699/2, BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer v. 26. 3. 1931 Art. 2, VO über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen v. 16. 4. 1947 Art. 25, BG betr. die öffentlich-rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses vom 29. 4. 1920 Art. 2. In diesem letzteren Falle ist allerdings kontrovers, ob der Bund auf Grund von BV 66 selbst zur Aufstellung von Ausschlussgründen überhaupt befugt ist. Vgl. Fleiner/Giacometti 431 Anm. 5 im Gegensatz zu Burckhardt Kommentar BV S. 601 f.

²⁶ Vgl. hierzu Fleiner/Giacometti 119 Anm. 6.

²⁷ Hier liegt zugleich auch suspensiv-bedingtes Bundesrecht vor. Ähnlich verhalten sich die Dinge in Grundbuchverordnung 108/2, ZGB 553/3, 609/2.

aber überlässt, ob sie dieser Stelle noch weitere Befugnisse übertragen wollen. Ein solcher Fall ist z. B. gegeben, wenn, wie in Art. 30 Abs. 1 des BG betr. die Arbeit in den Fabriken, der Aufgabenkreis der kantonalen Einigungsstellen umschrieben wird, diesen Einigungsstellen von den Kantonen gemäss Art. 35 aber noch andere Aufgaben zugewiesen werden können²⁸. In bezug auf diesen weiteren, von den Kantonen zu schaffenden Tätigkeitsbereich stellen die betreffenden Bundesrechtsätze dann zugleich suspensiv-bedingtes Bundesrecht dar.

f) Das weiteste Betätigungsfeld wird dem kantonalen Recht in den Fällen überwiesen, in welchen der Bundesgesetzgeber sich der Regelung bestimmter Fragen gänzlich enthält und den Kantonen anheimstellt, ob sie die betreffenden Tatbestände überhaupt rechtlich erfassen wollen. Dies trifft z. B. zu für Art. 795 Abs. 2 ZGB, der es der kantonalen Gesetzgebung überlässt, ob sie einen Höchstbetrag des Zinsfusses bestimmen will, der für Forderungen, für die ein Grundstück zu Pfand gesetzt wird, zulässig ist²⁹.

§ 10. Das ersetzende kantonale Recht.

1. Da die Summe aller staatlichen Aufgaben nie konstant bleibt, der Tätigkeitsbereich des Staates vielmehr einer Ausdehnung oder Einengung fähig ist, kann die Kompetenzverteilung im Bundesstaate nur in der Weise vorgenommen werden, dass entweder der Zuständigkeitsbereich des Zentralstaates oder derjenige der Gliedstaaten in der Bundesverfassung seine Festlegung findet. Der Kompetenzbereich der Gliedstaaten, bzw. derjenige des Bundes, erstreckt sich dann auf die Gesamtheit der übrigen, in der Verfassung nicht dem anderen Teil zugeschiedenen Kompetenzen¹. Im schweizerischen Bundesstaate ist — wie dies für die meisten Bundesstaaten typisch ist² — die Kompetenzausscheidung zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten in der Weise vorgenommen worden, dass lediglich die Kompetenzen des Bundes in der Bundesverfassung ihre Aufzählung gefunden haben. Der verfassungsmässige Zuständigkeitsbereich der Kantone wird somit negativ durch diesen Kompetenzkatalog und die auf ihm fussende Bundesgesetzgebung bestimmt. Aus diesem Bedingtsein des kantonalen Zuständig-

²⁸ Nicht zugestimmt werden kann Sträuli 163 A.13, der diese Normen zum subsidiären Bundesrecht rechnet. Vgl. hierüber unten § 10 II 4 zu Anm. 26. Ähnlich liegen die Verhältnisse auch in ZGB 423/3, Lebensmittelgesetz 4/6.

²⁹ Vgl. auch KUVG 2, ZGB SchlT 33/1, SchKG 27, Versicherungsvertragsgesetz 58.

¹ Vgl. hierzu Fleiner/Giacometti 66 ff., Fleiner Bundesstaatsrecht 42, Fleiner Rechtsordnung 1, Nawiasky Aufbau 16, Sträuli 1 f., Imboden 33 f., Hatschek I 120 f.

² So z. B. auch in der Verfassung der Vereinigten Staaten von Nordamerika 1. Art. VIII. Section, Verfassung von Australien vom 9. 7. 1900 Art. 51, Verfassung von Brasilien vom 24. 2. 1891 Art. 34, Weimarer Reichsverfassung Art. 6 ff. (vgl. dazu: Les Constitutions modernes, par F. R. et P. Dareste, Paris 1928 ff.). Eine erschöpfende Aufzählung haben die den Gliedstaaten zugeschiedenen Kompetenzen gefunden in Kanada, vgl. Art. 91 der Verfassung vom 29. 3. 1867.

keitsbereiches durch die dem Bunde übertragenen Kompetenzen ergibt sich ohne weiteres das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts³.

In den Bundeserlassen treffen wir häufig auf die Erscheinung, dass der Bundesgesetzgeber seine Normen in mehr oder weniger weitgehendem Umfange ihrer angestammten derogatorischen Kraft entkleidet und diese vollständig den im betreffenden Bereiche ergehenden Gliedstaatsnormen zuerkennt, so dass das Bundesrecht nicht nur durch das dieser erhöhten Wirkungskraft teilhaftig werdende gleichstufige kantonale Recht, sondern auch durch unterrangige kantonale Normen in seiner Geltung suspendiert werden kann⁴.

1. Die Gründe, die den Bundesgesetzgeber zur Aufstellung von nur subsidiäre Geltung beanspruchenden Bundesrechtsätzen veranlassen, sind keine einheitlichen⁵. Oft ist das subsidiäre Bundesrecht als Übergang zu einer vollkommenen Zentralisierung der Rechtsetzung gedacht, wenn föderalistische Widerstände oder freiwillige Rücksichtnahme den Bundesgesetzgeber vorerst an der Schaffung einer vollständigen Rechtseinheit hindern. In diesem Fall soll den Kantonen diejenige Ordnung einer Materie nahegelegt werden, die vom Bundesgesetzgeber selbst für die beste gehalten wird. In andern Fällen ist es weniger darum zu tun, einer bestimmten Regelung auf dem Umweg über das subsidiäre Bundesrecht zur allgemeinen Anerkennung zu verhelfen. Es liegt dem Bundesgesetzgeber vielmehr daran, dass eine gewisse Materie überhaupt eine rechtliche Ausgestaltung erfährt. Diese unterschiedlichen, dem Vorgehen des Gesetzgebers zugrundeliegenden Motive, haben ihre Bedeutung für die Lösung der im Zusammenhang mit der Ausfüllung der bundesrechtlichen Vorbehalte auftauchenden Fragen⁶.

Bei Vorliegen subsidiärer Bundesrechtsätze gelangt das Bundesrecht nur bei Fehlen einer anders lautenden kantonalen Norm zur Anwendung. Es ist in seiner Geltung, je nachdem, ob es auch vor einem bereits bestehenden oder nur vor einem erst noch zu schaffenden kantonalen Staatsakt weichen will, entweder suspensiv oder dann resolutiv bedingt^{7 8}.

³ Fleiner/Giacometti 94.

⁴ Hierzu auch Haenel 257. Eine ausführliche Darstellung des subsidiären Bundesrechts findet sich bei Sträuli 159 ff.

⁵ Hierzu auch Sträuli 167 f.

⁶ Dazu unten § 13.

⁷ Die erste Möglichkeit wird offenbar nicht berücksichtigt von Sträuli 182. Nach diesem Autor stehen die subsidiären Bundesrechtsätze fortwährend unter resolutiver Bedingung. Die Tatsache, dass diese Bundesrechtsnormen vorläufig unter Umständen überhaupt nicht in Kraft treten können, wird übersehen. Auch bei resolutivbedingter Geltung des Bundesrechts wird die betreffende Bundesnorm nach Erlass des vorausgesetzten kantonalen Staatsaktes zu einer suspensivbedingten. Sträuli 182.

⁸ Kein subsidiäres Bundesrecht stellen hingegen die in Ausübung der legislativen Ersatzvornahme ergangenen Bundesrechtsätze dar, wie Droeven 26 und Müller 148 meinen, da diese Bundesrechtsnormen — im Gegensatz zum subsidiären Bundesrecht, das in seiner Geltung nur suspendiert werden kann — mit dem nachträglichen Erlass der geforderten gliedstaatlichen Normen endgültig dahinfallen. Vgl. Sträuli 166. Diese vom Bund erlassenen Ersatzvorschriften stellen Bundesrecht mit territorial beschränktem Anwendungsbereich dar. Imboden 83. Offensichtlich unrichtig Müller 148 zu Anm. 100, der aus der Formulierung von Imboden 83

Da die ursprüngliche verfassungsmässige kantonale Zuständigkeit mit dem Erlass des die betreffende Materie beschlagenden Bundesgesetzes vernichtet worden ist⁹, können die als Ersatz für die bundesrechtlichen Vorschriften auftretenden kantonalen Normen ihren normativen Geltungsgrund nicht mehr in der Bundesverfassung, sondern nur noch in dem die Subsidiarität aussprechenden Bundesrecht haben. Es liegt somit diesen kantonalen Normen auch hier eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen von seiten des Bundes zugrunde^{10 11}.

2. In weitaus den meisten Fällen ist die Subsidiarität des Bundesrechts an keine weiteren Bedingungen geknüpft. Die betreffenden Bundesnormen sind bereit, vor jedem zu ihrer Ergänzung fähigen kantonalen Erlass zu weichen. Ausnahmsweise stattet aber der Bundesgesetzgeber seine Normen mit einer nur bedingten Subsidiarität aus; die Kantone sollen zu einer Verdrängung des Bundesrechts nur bei Vorliegen gewisser Bedingungen befugt sein. So kann die Subsidiarität vom Eintritt bestimmter Voraussetzungen tatsächlicher Art abhängig gemacht werden. In anderen Fällen wird die bedingte Geltung von einem gewissen gesetzgeberischen Vorgehen der Kantone veranlasst. Dies letztere trifft z. B. zu, wenn die Kantone befugt erklärt werden, in Abweichung von Art. 376 ZGB — der bestimmt, dass die Bevormundung am Wohnsitz der zu bevormundenden Person zu erfolgen hat — zu statuieren, dass die vormundschaftlichen Behörden der Heimat für die im Kanton wohnenden Bürger zuständig sein sollen, sofern durch das kantonale Recht die Aufgabe der Armenunterstützung ganz oder teilweise der Heimatgemeinde überwiesen wurde¹².

(„nachgiebiges partikulares Recht“) folgert, dass diese Ersatzvorschriften kantonales Recht darstellen.

⁹ Hierzu oben § 3 I.

¹⁰ So auch Jellinek Gesetzesanwendung 96, Lukas 41. Triepel 83 setzt die Subsidiarität eines Bundesrechtssatzes dem Fall gleich, in dem der Bund die ihm zustehende Kompetenz nur zu einem Teil ausübt, der Rest also den Gliedstaaten weiterhin als ihre verfassungsmässige Zuständigkeit verbleibt. Hiervon ausgehend muss Triepel natürlich das Vorliegen einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen verneinen. Gegen das Vorliegen einer Delegation offenbar auch Haenel 257 („Das Reichsgesetz kann es zur Absicht haben ... auch das Recht zur Landesgesetzgebung fortbestehen zu lassen.“). Ähnlich auch Doehl 101.

¹¹ Es ist indessen auch denkbar, dass ein subsidiäre Geltung beanspruchender Bundesrechtssatz nicht mit einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen verbunden ist. Dies kann an der Grenzlinie zwischen den verfassungsmässigen Zuständigkeitsbereichen von Bund und Kantonen zutreffen, wenn der Bund — da seine Kompetenz ihm selbst zweifelhaft scheint — seinen Normen nur subsidiäre Geltung beilegt, die verdrängenden kantonalen Rechtsätze also auf der verfassungsmässigen Kompetenz der Kantone beruhen. Vgl. z. B. Überschuldungsverordnung 45/2. Siehe auch die folgende Anmerkung.

¹² Ähnlich ZGB 948/3, Grundbuchverordnung 30, Jagdgesetz 8, 26, 30. Der Vollständigkeit halber werden in diese Untersuchungen auch die Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes miteinbezogen. Dabei hat man sich aber stets zu vergegenwärtigen, dass auch im Bereiche des subsidiären Bundesrechts die ersetzenden kantonalen Normen ihren Geltungsgrund direkt in der BV haben, eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen also nicht vorliegt.

3. Namentlich im Bereiche des subsidiären Bundesrechtes treffen wir mitunter auf die Erscheinung, dass die den Kantonen übertragenen Zuständigkeiten keine ausschliesslichen sind. Der Bund behält sich hier vor, unter Umständen auch selbst von der bundesrechtlichen Regelung abweichendes Recht zu schaffen¹³. Es liegen hier dann insofern keine vollwertigen Delegationen vor, als durch diese Erweiterung der kantonalen Kompetenz die Rechtsetzungsgewalt des Bundes keinerlei Beschränkung erfährt. Der Zentralstaat kann hier somit jederzeit, auch ohne den Erlass eines contrarius actus, von seiner verfassungsmässigen Zuständigkeit Gebrauch machen¹⁴. Es ist daher bei Vorliegen einer solchen Delegation — verfassungsrechtliche Zulässigkeit vorausgesetzt — unter Umständen möglich, eine auf Bundesrecht beruhende, nur subsidiäre Geltung beanspruchende Normierung eines Gegenstandes durch einen Bundeserlass niedriger Stufe in seiner Anwendbarkeit zu suspendieren¹⁵.

Triepel¹⁶ hat in diesem Zusammenhang von unechten, konservierenden Delegationen gesprochen. Indessen können wir uns nicht dazu entschliessen, diese Vorbehalte als unechte zu bezeichnen. Wir haben erkannt — und hierin geht Triepel mit uns einig¹⁷ —, dass für die grundlegende Unterteilung der Vorbehalte das Vorliegen einer Delegation, einer Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen massgebend sein muss. Das Merkmal der konstitutiven Vorbehalte, die Erweiterung des kantonalen Kompetenzbereiches, liegt aber auch bei den konservierenden Vorbehalten vor — mit der Einschränkung allerdings, dass dieser Erweiterung auf seiten des Bundes kein vorläufiger Verzicht auf eine eigene abschliessende materielle Normierung gegenübersteht¹⁸. Wir haben bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen¹⁹, dass konservierende Vorbehalte in einem Bundeserlass ausdrücklich als solche bezeichnet sein müssen, ansonst immer auf eine devolvierende Delegation zu schliessen ist, der Bundesgesetzgeber sich also nur mittelst eines entgegengesetzten Aktes der gleichen Rechtserzeugungstufe der betreffenden Materie wieder bemächtigen könnte, wobei dann der kantonale Zuständigkeitsbereich wieder eine entsprechende Beschränkung erfahren würde.

¹³ Berufsbildungsgesetz 17/2, ZGB SchlT 44/2, Jagdgesetz 11 usw. Vgl. auch SchKG 317 a. Aber nicht nur im Bereiche des subsidiären Bundesrechtes treffen wir solche konkurrierende Zuständigkeiten von Bund und Kantonen. Vgl. z. B. auch OR 324, Berufsbildungsgesetz 35/36.

¹⁴ Vgl. hierzu auch oben § 3 III.

¹⁵ Vgl. z. B. Berufsbildungsgesetz 17/2. Suspendiert, nicht aufgehoben, würde in diesem Fall natürlich auch die mit der subsidiären Geltung des Bundesrechtes verknüpfte Delegation zugunsten der Kantone.

¹⁶ Triepel Delegation 53 ff., vgl. auch oben § 3 III.

¹⁷ Vgl. seine Ausführungen Delegation 63 f.

¹⁸ Siehe auch Triepel Delegation 54. Triepel weist S. 59 indessen selbst darauf hin, dass diese Delegationsart im praktischen Effekt der echten Delegation sehr nahe steht.

¹⁹ Oben § 3 III.

II. Die mit dem subsidiären Bundesrecht verbundene Erweiterung des kantonalen Kompetenzbereiches kann von Fall zu Fall eine ganz verschiedene sein.

1. In bescheidenem Rahmen hält sich die Ausweitung der kantonalen Zuständigkeit, wenn den Kantonen lediglich gestattet wird, in einer vom betreffenden Bundeserlass selbst bereits genau umschriebenen Weise abweichende Vorschriften zu erlassen. Ein solcher Fall liegt z. B. in Art. 466 ZGB vor, der bestimmt, dass bei Nichtvorhandensein erbberechtigter Personen, unter Vorbehalt gewisser Nutznießungsrechte, die Erbschaft an den Kanton fällt, in dem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte — den Kantonen aber freigestellt wird, diese Berechtigung an die von ihnen zu bezeichnenden Gemeinden abzutreten. Hierher gehört auch Art. 4 der Verordnung betr. das Grundbuch, der in Abs. 1 festsetzt, dass für jede Liegenschaft nach einheitlichem Formular eine Liegenschaftenbeschreibung herzustellen ist, in Abs. 3 die Kantone aber ermächtigt, auf diese besonderen Beschreibungen zu verzichten und statt dessen die Aufnahme der entsprechenden Angaben in das Hauptbuchblatt vorzuschreiben²⁰.

Ähnlich liegen die Dinge, wenn das Bundesrecht den Kantonen mit Rücksicht auf besondere örtliche Verhältnisse gestattet, eine Bundesnorm in einer durch das Bundesrecht vorgezeichneten Richtung zu durchbrechen²¹.

2. Mit der Subsidiarität des Bundesrechts ist eine bedeutendere Erweiterung des kantonalen Zuständigkeitsbereiches dann verbunden, wenn die Kantone ermächtigt werden, das Bundesrecht einschränkende Vorschriften zu erlassen. So bestimmt Art. 844 Abs. 1 ZGB, dass ein Schuldbrief mangels anders lautender Abmachung von Gläubiger und Schuldner je nur auf 6 Monate und auf die üblichen Zinstage gekündigt werden kann. In Abs. 2 wird den Kantonen ganz allgemein die Befugnis zum Erlass von Vorschriften eingeräumt, die diese Kündigungsbestimmungen einschränken²².

3. In den bisher behandelten Fällen hielt sich die Subsidiarität des Bundesrechts in ganz bestimmt umschriebenen Grenzen. Die Kantone waren nur befugt, das Bundesrecht nach einzelnen, genau umschriebenen Richtungen hin zu durchbrechen oder dann ermächtigt, das Bundesrecht einschränkende Bestimmungen zu erlassen, nicht aber es aufzuheben. Wir stossen in der Bundesgesetzgebung aber auch auf Normen, deren Subsidiarität eine vollständige ist.

a) Der Bundesgesetzgeber stellt Rechtsvorschriften auf, in deren Rahmen

²⁰ Vgl. weiter ZGB 251, 376/2, 948/3, 963/3, Grundbuchverordnung 20, 30 in Verbindung mit 28, Grundbuchverordnung 42, 114, Handelsregisterverordnung 2, SchKG 4 in Verbindung mit 2 und 3.

²¹ So Lebensmittelverordnung 90, 98/2, BG betr. die Wahl des Nationalrates vom 14. 2. 1919 Art. 26, Jagdgesetz 26, 43/2, Spezialverordnung zu Art. 21 des Fischereigesetzes Art. 1/2.

²² Vgl. hierzu auch Gmür Kommentar ZGB 844 N. 15. Weitere Beispiele ZGB 699 1, Entschuldungsgesetz 42, 92, Überschuldungsverordnung 47/1, Mindestaltergesetz 6/1, Mindestalterverordnung 12.

gewisse Handlungen vorgenommen werden dürfen, überlässt es aber den Kantonen, ob sie ein entsprechendes Tätigwerden nicht gänzlich untersagen wollen. So wird in der Verordnung über den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen Art. 353 Abs. 1 bis 3 festgelegt, in welchem Umfang die Zuckerung von Wein bundesrechtlich zulässig ist. In Abs. 4 wird den Kantonen die Möglichkeit eingeräumt, die Zuckerung für die in ihrem Gebiete erzeugten Weine weiteren Einschränkungen zu unterwerfen oder gänzlich zu verbieten²³. Entsprechend liegen die Dinge, wenn das Bundesrecht eine Verbotsnorm aufstellt, den Kantonen aber gestattet, dieser Regelung für ihr Gebiet die Anwendung zu versagen²⁴.

b) Völlige Freiheit wird den Kantonen dort gelassen, wo für ganze Fragenkomplexe schlechthin auf eine anderslautende kantonale Regelung verwiesen wird. So wollen z. B. die Bestimmungen der VO über die Verhütung der Überschuldung gemäss Art. 45 Abs. 2 auf den öffentlichen Grund und Boden, auf Allmenden und Weiden, die sich im Eigentum von Allmendgenossenschaften und ähnlichen Körperschaften befinden, nur solange angewendet werden, als die Kantone nichts anderes anordnen. Ähnlich verhält es sich mit Art. 472 ZGB, der den Kantonen freistellt, für die Beerbung der Kantonsangehörigen, die in ihrem Gebiet den letzten Wohnsitz gehabt haben, den Pflichtteilsanspruch nach Art. 471 ZGB entweder aufzuheben oder ihn auf die Nachkommen der Geschwister auszudehnen²⁵.

4. Subsidiäres Bundesrecht liegt auch vor, wenn sich ein Bundeserlass damit begnügt, für eine Materie bestimmte Mindestvorschriften aufzustellen, den Kantonen aber gestattet, im Sinne der ratio des Bundesrechts eine weitergehende Normierung zu treffen, ohne dabei an die bundesrechtlichen Mindestvorschriften gebunden zu sein. So regelt das ZGB in Art 703 Abs. 1 die Voraussetzungen, unter denen zwecks Durchführung von Bodenverbesserungen usw., die sich nur durch ein gemeinschaftliches Unternehmen verwirklichen lassen, auch nicht zustimmende Grundeigentümer zur Beteiligung verpflichtet werden können. Gemäss Abs. 3 des gleichen Artikels können die Kantone die Durchführung solcher Bodenverbesserungen noch weiter erleichtern. Die entsprechenden Vorschriften des ersten Absatzes beanspruchen daher nur subsidiäre Geltung. Nicht zum subsidiären Bundesrecht sind aber die Normen zu rechnen, die den Kantonen gestatten, an einen bundesrechtlichen Tatbestand weitere als die bundesrechtlich vorgesehenen Rechtsfolgen zu knüpfen. Von einer irgendwie bedingten Geltung des bundesrechtlich vorgesehenen Minimums an

²³ Lebensmittelverordnung 337, OR 186.

²⁴ Lotteriesgesetz 34, VO über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5.2.1935, Art. 3.

²⁵ Vgl. auch ZGB 659/1,2, 688, 784, 796, 836, 949, SchlT 44, OR 1181, BRB über den Schutz der Rechte der Anleihegläubiger von Körperschaften des öffentlichen Rechts vom 24.11.1936 Art. 11/1, KUVG 30/1. So auch die im Jagdgesetz aufgestellten Schutzbestimmungen. Hämmerli 81. Doch wird hier das ersetzende kantonale Recht auf Grund der verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone geschaffen.

Rechtsfolgen kann hier nicht gesprochen werden. In solchen Fällen liegt ergänzendes kantonales Recht vor²⁶.

5. Der Umfang der den Kantonen durch die nur subsidiäre Geltung der Bundesrechtsätze eingeräumten Rechtsetzungsbefugnisse weist alle nur möglichen Abstufungen auf²⁷. Meist erstreckt sich die Subsidiarität nur auf die Regelung einzelner Rechtsfragen. Oft sind es organisatorische Vorschriften, die in bestimmter Richtung eine abweichende kantonale Regelung zulassen²⁸, vielfach wird aber auch ersetzendes materielles kantonales Recht vorbehalten²⁹. In gewissen Fällen entbehren ganze Normenkomplexe³⁰ und seltener sogar einzelne vollständige Bundeserlasse³¹ der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Aus dem verschiedenen Umfang der Subsidiarität der Bundesnormen ergibt sich weiter, dass die Kantone überall dort, wo sie nur im Hinblick auf gewisse Einzelfragen ersetzendes Recht schaffen können, es entweder bei der bundesrechtlichen Regelung belassen oder dann das Bundesrecht in vollem Umfange ersetzen müssen. In all den Fällen hingegen, in denen die Subsidiarität sich auf einen ganzen Komplex von Normen erstreckt, steht es den Kantonen frei, wie weit sie von der Möglichkeit zur Schaffung abweichenden Rechts Gebrauch machen wollen.

§ 11. Die obligatorischen Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts.

I. Ähnlich wie im Bereich der fakultativen, ermächtigenden Vorbehalte zugunsten des ergänzenden kantonalen Rechts, treten auch im Rahmen der obligatorischen, die Kantone zu einem gewissen gesetzgeberischen Vorgehen verpflichtenden Vorbehalte, die beiden beteiligten Rechtsordnungen in ein Verhältnis gegenseitiger Ergänzung. Während aber im ersten Fall die Anwendbarkeit des Bundesrechts vom Verhalten des kantonalen Gesetzgebers völlig unabhängig ist, die Vollziehbarkeit des Bundesrechts also in keiner Weise durch das kantonale Recht bedingt wird, verhalten sich die Dinge beim Vorliegen verpflichtender Vorbehalte meist so, dass das Bundesrecht wohl eine vollständige Normierung der materiellen Seite einer rechtlichen Ordnung aufstellt, die Schaffung der zu ihrer Durchsetzung notwendigen Organisations- und Verfahrensvorschriften aber voll-

²⁶ Das verkennt Sträuli 163 zu Anm. 13.

²⁷ Hierzu auch Sträuli 163.

²⁸ Z. B. SchKG 4, Handelsregisterverordnung 2, Grundbuchverordnung 4/3, ZGB 251 usw.

²⁹ Z. B. ZGB 466, Lebensmittelverordnung 90, 98/2, Mindestaltergesetz 6.

³⁰ Vgl. ZGB 659, 688, 796, 949, OR 61, 1181, BRB über den Schutz der Rechte der Anleihegläubiger von Körperschaften des öffentlichen Rechts vom 24. 11. 1936 Art. 11.

³¹ So z. B. die Überschuldungsverordnung. Vgl. Art. 45.

ständig oder wenigstens in gewissem Umfange den Kantonen überlässt¹. Diese eigenartige Teilung der Rechtsetzungs Kompetenzen unter Bund und Kantone hat ihren Grund in dem der Organisation des schweizerischen Bundesstaates zugrundeliegenden Prinzip der gegenseitigen Durchdringung². Der wohl wichtigste Ausfluss dieses Grundsatzes besagt, dass in den Materien, in denen die BV den Vollzug des Bundesrechts weder dem Zentral-, noch den Gliedstaaten ausdrücklich zugesprochen hat, in so weitem Masse wie möglich die Rechtsverwirklichung den Kantonen zu überlassen ist. Mit der in den Kantonen tief verwurzelten politischen Anschauung von ihrer Eigenstaatlichkeit wäre nun nicht vereinbar, wenn der Bundesgesetzgeber in diesen Fällen des kantonalen Vollzuges weiter als unbedingt erforderlich in die Organisation der Vollzugsbehörden und in das von ihnen zu beobachtende Verfahren eingreifen würde³.

In selteneren Fällen wird den Kantonen durch solche mit verpflichtenden Normativvorschriften versehene Vorbehalte auch eine gewisse materielle Rechtsetzungsbefugnis übertragen. Dabei handelt es sich meist um die rechtliche Normierung von Fragen, die mit anderen, den Kantonen von Verfassungs oder Gesetzes wegen vorbehaltenen Materien auf das engste verknüpft sind⁴.

1. Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher die Kantone zu einem bestimmten gesetzgeberischen Vorgehen verpflichtende Normativvorschriften ist nichts einzuwenden⁵. Wenn der Bund eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen zugunsten des kantonalen Gesetzgebers vornimmt, muss es seinem Ermessen anheimgestellt bleiben, inwieweit er den Kantonen bei der entsprechenden gesetzgeberischen Regelung freie Hand gewähren will, ist in diesen Materien doch gemäss der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung die Zuständigkeit des Bundes zu einer abschliessenden Normierung gegeben⁶.

In der Bundesgesetzgebung stossen wir aber oft auf die Kantone zu einem bestimmten gesetzgeberischen Vorgehen verpflichtende Normativvorschriften, die einen Eingriff in den verfassungsmässigen Zuständigkeitsbereich der Kantone darstellen. Zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Normativvorschriften haben wir uns an anderer Stelle bereits geäussert⁷. Wir möchten lediglich nochmals in Erinnerung rufen, dass, wie einschneidend solche Übergriffe von seiten des Bundes auch sein

¹ Vgl. auch unten § 16. Hierüber auch Haenel 262 f.

² Fleiner Rechtsordnung 9, Nawiasky Aufbau 12. Vgl. auch Lautner I 72 ff.

³ Man kann daher sagen, dass ein Anspruch auf ein entsprechendes gesetzgeberisches Tätigwerden den Kantonen bereits mit der Überweisung einer Materie zum Vollzug eingeräumt wird. Vgl. auch Nawiasky Bundesstaat 61. Siehe auch unten § 16 I 1.

⁴ Siehe unten III.

⁵ Über die bundesrechtlichen Normativvorschriften ausführlich Sträuli 217 ff.

⁶ So auch Sträuli 219.

⁷ Oben § 6 II, § 7 II zu Anm. 23.

mögen, die Kantone doch immer auf Grund ihrer eigenen Zuständigkeit, also niemals kraft einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen von seiten des Bundes tätig werden.

2. Die ein bestimmtes gesetzgeberisches Vorgehen der Kantone verlangenden bundesrechtlichen Normativvorschriften finden sich stets in Materien, zu deren vollständigen rechtlichen Durchdringung es sowohl eines Tätigwerdens des eidgenössischen als auch des kantonalen Gesetzgebers bedarf, und zwar vornehmlich dann, wenn die Bundesrechtsordnung in ihrer Verwirklichung von einer kantonal-rechtlichen Ergänzung abhängt. Ist die Belastung der Delegation zugunsten der Kantone mit solchen Normativvorschriften⁸ als verfassungsrechtlich zulässig zu erachten, muss die bundesrechtliche Aufsicht über die Tätigkeit der Kantone in ihrem übertragenen Wirkungskreis in bezug auf die ihnen zur Pflicht gemachten Ergänzungen des Bundesrechts auch eine besondere Ausgestaltung erfahren⁹.

a) Der hier besonders engen Verknüpfung von Bundesrecht und kantonalem Recht entspricht die in Art. 85 Ziff. 8 BV vorgesehene Möglichkeit der Ergreifung von Zwangsmitteln durch die Bundesversammlung¹⁰ zwecks Durchsetzung der bundesmässigen Verpflichtungen der Kantone. Als das gegebene Zwangsmittel ist hier die legislative Ersatzvornahme zu betrachten. Der Bund, d. h. der Bundesrat auf Grund einer ihm von der Bundesversammlung erteilten Ermächtigung, nimmt an Stelle des säumigen Kantons die durch das Bundesrecht gebotene rechtliche Normierung selbst vor. In vielen Fällen hat die Bundesgesetzgebung dem Bundesrat zum vornherein die Ermächtigung zum Erlass solcher Ersatzvorschriften erteilt¹¹. Doch ist der Bund auch ohne besonderen gesetzlichen Vorbehalt berechtigt, solche Ersatzvorschriften zu erlassen¹². Allerdings ist in diesen Fällen ein entsprechender Beschluss der Bundesversammlung erforderlich¹³. Solche

⁸ die Rechtspflichten darstellen. Kelsen Bundesexekution 128.

⁹ Vgl. hierzu auch Haenel 262 ff., Kelsen Bundesexekution 127 ff.

¹⁰ Inwieweit der Bundesrat von sich aus auf Grund von Art. 102 Ziff. 2 BV selbst Zwangsmittel beschliessen kann, ist umstritten. Die ausdrückliche Erwähnung dieser Zuständigkeit der Bundesversammlung in Art. 85 Ziff. 8 BV bedeutet unseres Erachtens, dass die Ergreifung von Zwangsmitteln — eine besondere gesetzliche Ermächtigung vorbehalten — nicht mehr in den Bereich der vom Bundesrat gemäss Art. 102 Ziff. 2 BV zur Beobachtung der Verfassung, der Gesetze und Beschlüsse des Bundes zu ergreifenden Verfügungen gehört. So auch Fleiner Rechtsordnung 19 f., Droeven 26. A. A. Erni 104 ff. Vgl. hierzu auch Nef Gewaltenteilung 24: Wenn in dem Kompetenzkatalog der BV für den Bundesrat und die Bundesversammlung die gleichen Materien erwähnt werden, so ist bei der Interpretation der BV das ihr zugrunde liegende Prinzip der Gewaltenteilung mit heranzuziehen. „Grundsätzlich hat man der Bundesversammlung die Rechtsetzung zuscheiden wollen und dem Bundesrat die Rechtsvollziehung, gemäss dem Prinzip der objektiven Gewaltenteilung. Und daher ist im Zweifel immer dann, wenn es sich um eine Befugnis rechtsetzender Natur handelt, die Bundesversammlung zuständig...“.

¹¹ Vgl. z. B. ZGB SchlT 53/1, Entschuldungsgesetz 111, Tierseuchengesetz 49/2, Wasserbaupolizeigesetz 7 usw.

¹² Fleiner Bundesstaatsrecht 63 Anm. 36, Triepel Aufsicht 95.

¹³ Salis II 380.

bundesrechtliche Vorschriften bezwecken aber nicht, die dem säumigen Kanton durch die Bundesgesetzgebung delegierte Kompetenz wieder zu entziehen oder die die Kompetenzübertragung statuierende Norm in ihrer Anwendbarkeit zu suspendieren¹⁴. Sie haben vielmehr lediglich den Zweck, die Durchführung des Bundesrechts bis zum Erlass der geforderten kantonalen Bestimmungen sicherzustellen¹⁵. So heisst es denn jeweils auch ausdrücklich in den die Möglichkeit einer Ersatzvornahme durch die Exekutive vorsehenden bundesrechtlichen Bestimmungen, dass der Bundesrat ermächtigt ist, an Stelle des säumigen Kantons „vorläufig“, „einstweilen“ die zum Vollzug des Bundesrechts notwendigen Vorschriften zu erlassen¹⁶.

b) Aus diesem Bedingtsein der Vollziehbarkeit der bundesrechtlichen Ordnung ergibt sich die Notwendigkeit, die von den Kantonen gesetzten Normen in bezug auf ihre Bundesrechtmässigkeit und ihre Eignung als Wegbereiter des Bundesrechts einer besonders intensiven Kontrolle zu unterziehen. Diesem Bedürfnis werden die mit den bundesrechtlichen Delegationen in diesem Bereiche häufig verbundenen Genehmigungsvorbehalte gerecht¹⁷. Damit wird den Kantonen die Verpflichtung auferlegt, für die davon betroffenen kantonalen Normen die bundesrätliche Genehmigung einzuholen. Der Bundesrat hat so die Möglichkeit, die Vollziehung offensichtlich bundesrechtswidriger kantonomer Rechtsätze zum vornherein zu verhindern. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, das Problem der bundesrätlichen Genehmigung von Akten der kantonalen Rechtsetzung einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Wir möchten hierfür auf die bereits bestehende Literatur, namentlich auf die Arbeit von Droeven¹⁸ verweisen.

Doch kann die von Droeven vertretene Ansicht über die Rechtsnatur des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen bei der Setzung von genehmigungsbedürftigen Rechtsätzen nicht unwidersprochen bleiben¹⁹. Dieser Autor gelangt nämlich zum Schlusse, dass der Bundesrat in Ausübung seines Genehmigungsrechtes zu einem Organ der kantonalen Gesetzgebung werde. Die Prämissen, die Droeven zu dieser Folgerung verleiten, sind einerseits die Qualifikation der bundesrechtlichen Genehmigung als

¹⁴ Es liegen somit auch unter diesem Gesichtspunkt betrachtet keine konservierenden Delegationen vor. Hierüber oben § 3 III.

¹⁵ Es handelt sich daher auch nicht um subsidiäres Bundesrecht. Vgl. oben § 10 I Anm. 8.

¹⁶ Vgl. den Wortlaut der unter Anm. 11 aufgeführten Beispiele. Vgl. weiter Fleiner/Giacometti 146, Fleiner Bundesstaatsrecht 63, Burdhardt Kommentar BV 684 f.

¹⁷ Ausnahmsweise finden sich solche Genehmigungsvorbehalte auch in bezug auf kantonalrechtliche Ergänzungen zum Bundesrecht, die nicht notwendigen Charakters sind oder die ihren Geltungsgrund in der eigenen verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone besitzen. Vgl. Droeven 19 f., 112 f.

¹⁸ Droeven, F.: Die Genehmigung kantonomer Gesetze und Verordnungen durch den Bundesrat als Problem des Bundesstaates. Diss. St. Gallen 1950. Dort auch weitere Literaturangaben.

¹⁹ Vgl. Droeven 101 ff.

ein Akt der Rechtsetzung²⁰ und andererseits die Bundesstaatstheorie von Nawiasky, welche die Eigenstaatlichkeit der Kantone und damit die rechtliche Gleichordnung von Bund und Kantonen bejaht. Die Abwegigkeit der Konstruktion von Droeven ergibt sich schon ohne weiteres aus der der bundesrätlichen Genehmigung zugrunde liegenden ratio²¹: die Vollziehbarkeit von offensichtlich bundesrechtswidrigem kantonalem Recht soll verhindert werden. Diese Aufgabe kann aber ihrer Natur nach nur durch eine über den Kantonen stehende Instanz, durch ein Organ des Bundes und niemals durch ein solches der Kantone erfüllt werden.

Aber auch der von Droeven vertretenen Ansicht²², wonach die bundesrätliche Genehmigung als ein Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens aufzufassen sei, kann nicht beigeplichtet werden. Hier liegt vielmehr ein Verwaltungsakt vor, und zwar in materieller, wie auch in formeller Hinsicht²³. Die bundesrätliche Genehmigung ist lediglich ein besonders

²⁰ Droeven 42 ff.

²¹ Giacometti Verfassungsgerichtsbarkeit 110, vgl. auch Fleiner/Giacometti 136.

²² Droeven 42 ff. und die in Anm. 110 zitierte Literatur. Indessen ist die Herbeiziehung von Giacometti Vollmachtenregime 18 ff., Christ Genehmigung 46 ff. und Pestalozzi Notverordnung 112 usw. in diesem Zusammenhang nicht gerechtfertigt, da es sich in jenen Fällen um die Genehmigung von Erlassen der Exekutive durch die Legislative handelt. Namentlich unter dem Vollmachtenregime ist der Bundesrat durch die Bundesversammlung in gewissem Umfange als materieller Gesetzgeber und Verfassungsgesetzgeber (Fleiner/Giacometti 786) eingesetzt worden. Doch hat die Bundesversammlung, sich an das Prinzip der Gewaltenteilung erinnernd, der Bundesexekutive nicht alle ihre Befugnisse delegiert. Sie wollte sich in diesen Bereichen auch für die Zukunft einen gewissen Anteil an der Rechtsetzung bewahren. Giacometti Vollmachtenregime 19. Daher der Vorbehalt des Genehmigungsrechts. Bei der Ausübung dieses Genehmigungsrechts ist die Bundesversammlung an keinerlei Schranken gebunden. Es liegt m. a. W. in ihrem freien Ermessen, ob sie einer bundesrätlichen Anordnung die Genehmigung erteilen oder sie ihr versagen will. Demgegenüber behält sich in den uns beschäftigenden Fällen der die Delegation aussprechende Gesetzgeber nicht selbst ein Genehmigungsrecht vor. Dieses steht vielmehr dem Bundesrat, der obersten vollziehenden Behörde, zu. Diese kann nicht frei über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung entscheiden. Der Bundesrat muss vielmehr die Genehmigung erteilen, wenn eine Bundesrechtswidrigkeit nicht vorliegt. Wenn dem Bundesrat freies Ermessen nicht zukommt, kann es sich aber unmöglich um einen Akt der Rechtsetzung handeln.

²³ Vgl. Giacometti Verfassungsgerichtsbarkeit 111. Indessen nimmt Giacometti das Vorliegen eines Verwaltungsaktes nur dann an, wenn der Bundesgenehmigung nur deklaratorische Bedeutung zukommt. Bei der konstitutiven bundesrätlichen Genehmigung liegt auch nach Giacometti Verfassungsgerichtsbarkeit 114 f. ein Akt der Gesetzgebung vor. Vgl. aber Fleiner/Giacometti 137 Anm. 61. Vgl. auch die vorhergehende Anmerkung. Die rechtliche Natur dieser zu genehmigenden Akte wäre demnach nicht für alle Fälle die gleiche. Eine solche Differenzierung ist aber u. E. nicht gerechtfertigt. Denn die Formulierung der Genehmigungsvorbehalte in den Bundeserlassen ist eine rein willkürliche, ja diese Formulierungen werden vom Bundesgesetzgeber offenbar als rechtlich gleichwertig betrachtet. In all den von uns auf diese Frage hin untersuchten Gesetzesmaterialien lässt sich auch nicht der geringste Anhaltspunkt finden für eine gewollte rechtlich getrennte Behandlung. Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht das Zustandekommen von Art. 52 Abs. 3 SchlT ZGB, der vom Bundesgericht (vgl. BGE 42 I 349) als Beispiel für die Aus-

wirksames, dem Bundesrat als oberster vollziehender Behörde zustehendes Aufsichtsmittel. Demnach sind die der Genehmigung unterliegenden kantonalen Erlasse rechtsgültig zustandegekommen, wenn die durch das kantonale Staatsrecht vorgesehenen Organe an der Rechtsetzung sich beteiligt haben. Die bundesrätliche Genehmigung ist lediglich eine Bedingung der Vollziehbarkeit, sofern ihr konstitutive Bedeutung zukommt, oder verhilft bei Vorliegen einer nur deklaratorischen Bedeutung dem bis anhin unter resolutiv-bedingter Anwendbarkeit stehenden kantonalen Rechtsetzungsakt zu unbedingter Geltung. Nur diese Auffassung lässt auch eine befriedigende Lösung der Frage nach der Zurechnung dieser Normen zu: sie stellen auch nach erfolgter Genehmigung kantonales Recht dar²⁴. Auch bereitet es dann keine Schwierigkeiten, die Möglichkeit der Zurücknahme der bundesrätlichen Genehmigung — die, entgegen der Ansicht von Droeven, in der Praxis eine gewisse Bedeutung besitzt — rechtlich zu begründen²⁵. Denn gerade die fehlende materielle Rechtskraft ist für die Verwaltungsakte charakteristisch²⁶.

nahmefälle herangezogen wird, in denen die Genehmigung auch nach seiner Ansicht, kraft ausdrücklicher Anordnung, als Bedingung der Vollziehbarkeit kantonalen Erlasse aufzufassen ist. Die ursprüngliche Fassung von Art. 52 Abs. 3 lautete einfach: „Sie (die Kantone) haben ihre Anordnungen zur Prüfung und Genehmigung vorzulegen.“ Dieser Artikel des bundesrätlichen Entwurfes durchlief die Beratungen der eidgenössischen Räte, ohne besonders diskutiert zu werden. In dem von der Redaktionskommission bereinigten Gesetzestext präsentierte Art. 52 Abs. 3 SchlT ZGB sich aber plötzlich in seinem heutigen Wortlaut: „Diese Anordnungen (der Kantone) bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundesrates.“ Demnach ist die geltende Fassung auf Grund einer redaktionellen Änderung zustande gekommen und ist lediglich als die präzisere Form der namentlich in der früheren Bundesgesetzgebung verwendeten kürzeren Formulierung aufzufassen. Diese Ansicht wird bestätigt durch die französische Fassung dieser Bestimmung, die sich von den andern, eine vorgängige Genehmigung nicht ausdrücklich statuierenden Genehmigungsvorbehalten in keiner Weise unterscheidet. Als Gültigkeits-erfordernis wird die Genehmigung neuerdings auch angesehen von Baumgartner: Die Beziehungen der Legislative zur Exekutive eines höhern Gemeinwesens, in Verwaltungskurse Bd. 12 S. 99 ff.

²⁴ Fleiner/Giacometti 137 Anm. 61.

²⁵ Praktische Fälle des Entzuges der bundesrätlichen Genehmigung bei Ullmer II 716, Salis IV 1480, V 2110/II. Weitere Beispiele bei Fleiner/Giacometti 138 Anm. 69. Dazu kommen noch die zahlreichen Fälle, in denen der Entzug nicht ausdrücklich ausgesprochen wurde, die Kantone vielmehr in der höflicheren Form einer Einladung veranlasst wurden, ihre Erlasse entsprechend zu ändern.

²⁶ Vgl. Burckhardt Organisation 75: „Die Verwaltungsbehörde ... will durch ihre Anordnungen nicht in erster Linie das (konkrete) Recht feststellen, sondern das (abstrakte) Recht verwirklichen, d. h. das Ergebnis herbeiführen, welches die Rechtsordnung haben will.“ Die von Droeven 43 gegen das Vorliegen eines Verwaltungsaktes ins Feld geführten Einwendungen vermögen keineswegs zu überzeugen. Im Gegenteil. So möchten wir die von Droeven behauptete kassatorische Funktion der Verweigerung der bundesrätlichen Genehmigung auf das entschiedenste bezweifeln. Zu einer auch formellen Ausserkraftsetzung dieser nichtgenehmigten Normen ist vielmehr ein entsprechender Akt des kantonalen Gesetzgebers, ein *contrarius actus*, erforderlich. Vgl. Fleiner/Giacometti 138. Auf diesem Standpunkt scheint auch die Praxis zu stehen. Vgl. z. B. Ullmer II 716, Burckhardt III 1095.

II. Häufig begnügt sich der Bundesgesetzgeber damit, eine abschliessende Ordnung der materiellen Seite einer Materie zu treffen, überlässt es aber den Kantonen, im Rahmen der bundesrechtlichen Direktiven in mehr oder weniger weitgehendem Masse die zur Durchsetzung des Bundesrechts notwendigen **f o r m e l l e n** Vorschriften aufzustellen.

1. Die den Kantonen delegierten Rechtsetzungskompetenzen weisen von Fall zu Fall einen recht unterschiedlichen Umfang auf. Infolge dieser Mannigfaltigkeit müssen wir uns damit begnügen, einen Überblick über die häufigsten Erscheinungsformen dieser Delegationen von Kompetenzen zur Setzung formellen Rechts zu geben.

a) In einigen wenigen Fällen werden die Kantone lediglich verpflichtet, für gewisse bundesrechtlich vorgesehene Rechtshandlungen Gebührentarife aufzustellen²⁷.

b) Oft spricht ein Bundeserlass von der zuständigen kantonalen Behörde, ohne selbst irgendwie normierend einzugreifen. Hier ist es Sache des kantonalen Rechts, diese Behörde zu bestimmen oder sie erst noch zu schaffen²⁸. Nicht immer erfreuen sich die Kantone hierbei einer vollständigen Freiheit, indem in gewissen Fällen der Bundesgesetzgeber es selbst übernimmt, die örtliche Zuständigkeit der zu schaffenden Behörde zu regeln. So kann das Bundesrecht z. B. bestimmen, dass eine einzige Behörde eine Zuständigkeit im ganzen Kantonsgebiet ausüben soll²⁹, dass für jede Gemeinde oder für mehrere Gemeinden zusammen eine bestimmte Behörde einzusetzen ist³⁰. Andere Bundesrechtsätze besagen, dass eine Behörde am Wohnsitz³¹, dass diejenige der Heimat³² einer bestimmten Person, oder die Behörden am Ort der gelegenen Sache³³ zuständig sein sollen.

Eine grössere Freiheit wird den Kantonen dort eingeräumt, wo dem Bundesrecht über die von ihnen als zuständig zu erklärenden Behörden überhaupt nichts entnommen werden kann, die Kantone also nicht nur hinsichtlich der sachlichen, sondern auch in bezug auf die örtliche Zuständigkeit und in weitem Masse auch in der Organisation dieser Behörden freie Hand haben³⁴. So verhalten sich die Dinge auch dann, wenn es den

²⁷ Über die hierbei zu beachtenden Grundsätze oben § 9 1 Anm. 13. Vgl. weiter Lebensmittelgesetz 8/1, Entschuldungsgesetz 102, Grundbuchverordnung 105/3, Zivilstandsverordnung 177/2, Gebührentarif zum BG über SchK vom 23. 12. 1919 Art. 69.

²⁸ Art. 54 SchlT ZGB spricht somit einen allgemein gültigen Grundsatz aus. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 60 II 25 zu Art. 490/1 ZGB.

²⁹ StGB 359 lit. b, 394 lit. b, Betäubungsmittelgesetz 3/1, 5, Viehpfändungsverordnung 2/1, 4/2, BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer 15/1, Militärpflichtersatzverordnung 11 usw.

³⁰ ZGB 84, Lebensmittelgesetz 6/1, Tierseuchengesetz 18/1, VVO zum BG betr. die Wahl des Nationalrates vom 14. 2. 1919 Art. 4 usw.

³¹ ZGB 329/3, 373/1 in Verbindung mit 376/1, 551/1 usw.

³² ZGB 303/2 usw.

³³ OR 218 bis /1, Viehhandelsverordnung 5 usw.

³⁴ ZGB 46/2, 78, 109, 121/1, 164/2, 256/2, 499, 570/1, 581/1, 595/1, 857/2, Lebensmittelverordnung 466/5, BG betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. 6. 1891 Art. 36 lit. a.

Kantonen überlassen bleibt, eine zweckmässige Aufteilung ihres Gebietes in Verwaltungskreise zu treffen und damit den Zuständigkeitsbereich der kantonalen Behörden festzulegen³⁵. Oft steht den Kantonen auch die Entscheidung darüber zu, ob eine bestimmte Funktion einer Gerichts- oder einer Verwaltungsbehörde übertragen werden soll^{36 37}.

c) Häufig ist nicht nur die Einsetzung der zuständigen Behörden, sondern auch die Schaffung eines bestimmten Verfahrens vollständig oder doch in gewissem Umfange den Kantonen überlassen. So z. B. in bezug auf die Entmündigung und die Entziehung der elterlichen Gewalt³⁸.

2. Neben den oft über den ganzen Bundeserlass zerstreuten Vorbehalten obligatorischer Natur finden wir — meist unter den Schlussbestimmungen — häufig Vorschriften, in denen die Pflichten der Kantone in bezug auf die Schaffung der ihnen vorbehaltenen, zur Durchsetzung des Bundesrechts notwendigen Normen zusammengefasst sind³⁹. Aus einem summarischen Verweis auf den den Kantonen obliegenden Erlass der erforderlichen Vorschriften⁴⁰, können aber keinerlei Rechtsetzungsbefugnisse abgeleitet werden, die den Kantonen nicht schon auf Grund eines ausdrücklichen, oder sich aus dem betreffenden Erlass sonst klar ergebenden Vorbehalte zustehen. Dies ergibt sich schon aus dem Prinzip der Vollständigkeit der bundesrechtlichen Regelung⁴¹.

III. In bedeutend geringerem Ausmasse finden sich in der Bundesgesetzgebung auch Normativvorschriften, die den Kantonen im Bereich des materiellen Rechts ein gewisses gesetzgeberisches Vorgehen zur Pflicht machen.

³⁵ ZGB 40, 885/3, 953/1, OR 927, Zivilstandsverordnung 3, Tierseuchengesetz 31, SchKG 1, MO 152.

³⁶ Vgl. Art. 54/2 SchlT ZGB, SchKG 23/2.

³⁷ Verschiedenartigste, keiner Klassifikation mehr fähige Vorbehalte obligatorischer Natur finden sich z. B. weiter in ZGB 119, 425, 504, 505/2, SchlT 55, Zivilstandsverordnung 4, 163, Handelsregisterverordnung 6, Güterrechtsregister 33/3, 41, Militärstrafgerichtsordnung 208, StGB 385, SchKG 24, VVO zum Fabrikgesetz 195, Berufsbildungsgesetz 35, Tierseuchengesetz 32 usw.

³⁸ ZGB 373/1, 288/1. Hier ist die verfassungsmässige Zuständigkeit der Kantone gemäß Art. 64/3 BV nicht gegeben, da dieser Vorbehalt sich nur auf die streitige Gerichtsbarkeit bezieht. Vgl. Kommentar Burckhardt BV S. 589, Gmür Kommentar ZGB allg. Einleitung N. 8. Über die freiwillige Gerichtsbarkeit Guldener „Das schweizerische Zivilprozessrecht“, Zürich 1948, Bd. I 33 ff. Weitere ähnliche Beispiele ZGB 283, dazu Egger Kommentar ZGB N. 23, ZGB 297 dazu Egger Kommentar ZGB N. 4, ZGB 391 dazu Egger Kommentar ZGB N. 3, ZGB 397, 420/1, 434/1, 555/1 dazu Egger Kommentar ZGB N. 1, Tierseuchengesetz 24/2, SchKG 23 Ziff. 3. Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist die Kompetenz der Kantone hier eine direkt auf der Verfassung beruhende. BGE 24 I 200.

³⁹ Vgl. z. B. ZGB SchlT 52; Zivilstandsverordnung 2, Berufsbildungsgesetz 54, VVO zum Heimarbeitsgesetz 23, MFG 70, Militärpflichtersatzverordnung 10.

⁴⁰ Wie z. B. in Art. 25/3 des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. 3. 1931.

⁴¹ Etwas anderes gilt natürlich dann, wenn ein Bundeserlass keine abschliessende Regelung einer Materie treffen will. Hierzu oben § 5 3.

1. Diese Rechtsetzungspflichten betreffen vielfach Gebiete, die mit formell-rechtlichen Vorbehalten zugunsten der Kantone auf das engste verknüpft sind. Dies trifft z. B. zu auf Art. 848 Abs. 4 ZGB, der bestimmt, dass die für die Errichtung einer Gült auf nicht-landwirtschaftlichen Grundstücken massgebenden Werte durch eine amtliche Schätzung ermittelt werden, die durch das kanonale Recht zu ordnen ist. Die Kantone haben hier aber nicht nur die Schätzungsorgane und das Schätzungsverfahren zu schaffen, sondern auch die bei der Vornahme der amtlichen Schätzung zu beachtenden Grundsätze aufzustellen⁴².

2. Andere materiell-rechtliche Vorbehalte obligatorischer Natur auferlegen den Kantonen eine Pflicht zur gesetzlichen Normierung in Materien, die an der Grenzlinie der verfassungsmässigen Zuständigkeitsbereiche von Bund und Kantonen gelegen sind, die Kompetenz des Bundes zu einer selbständigen Regelung also zum mindesten zweifelhaft wäre⁴³. Das gilt z. B. für Art. 102 MO der Schweizerischen Eidgenossenschaft, nach dem die männliche Jugend im schulpflichtigen Alter Turnunterricht zu erhalten hat. In Anbetracht der in Art. 27 und 27 bis BV niedergelegten kantonalen Primarschulhoheit, wird die nähere Ausgestaltung dieses Grundsatzes aber den Kantonen überlassen⁴⁴.

3. Auf anderen Gebieten kann die Zuständigkeit des Bundes zu einer abschliessenden Normierung keinem Zweifel unterliegen. Gleichwohl begnügt sich der Bundesgesetzgeber — wie im Bereich des fakultativen ergänzenden kantonalen Rechts — öfters damit, gewisse Prinzipien aufzustellen oder eine Materie einer nur grundsätzlichen Regelung zu unterwerfen. Die endgültige rechtliche Ausgestaltung wird dann den Kantonen zur Pflicht gemacht. So stellt z. B. der Bundesgesetzgeber in den Art. 21—28 des BG betr. die Bekämpfung von Tierseuchen die allgemeinen Grundsätze über die von den Kantonen an Seuchenschäden zu entrichtenden Beiträge auf, überlässt es gemäss Art. 33 aber ihnen, diese Beiträge im Rahmen des Bundesrechts festzusetzen⁴⁵.

§ 12. Das suspensiv-bedingte Bundesrecht.

Bereits im Rahmen der fakultativen Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts sind wir auf Bundesrechtsätze gestossen, die nur bedingt aktuelle Geltung beanspruchen. Und zwar handelt es sich dort um

⁴² Dazu Gmür Kommentar ZGB 848 N. 17. Hierher gehören auch Versicherungsvertragsgesetz 52, Lotteriegesetz 28/1.

⁴³ In solchen Fällen wird es nicht immer leicht sein, die Grenzlinie zwischen den obligatorischen Vorbehalten konstitutiver Natur und den auf kantonalen Kompetenzbereich übergreifenden bundesrechtlichen Normativvorschriften zu finden. Hierzu oben § 6 II.

⁴⁴ Vgl. auch StGB 40/1, 368, 376.

⁴⁵ Tierseuchengesetz 23, Lebensmittelgesetz 5.2, 9/3, Berufsbildungsgesetz 30, BG über die Kosten der Verpflegung erkrankter und die Beerdigung verstorbener armer Angehöriger anderer Kantone, vom 22. 6. 1875, Art. 1.

abschliessende bundesrechtliche Normierungen, die gegenüber dem kantonalen Recht ihrer derogatorischen Kraft entkleidet sind. Ganz anders liegen die Dinge in den uns nunmehr beschäftigenden Fällen. Die hier in Frage stehenden bundesrechtlichen Normen stellen meist eine nur unvollständige Regelung einer Materie dar. Um aktualisiert werden zu können, bedürfen diese Vorschriften einer Vervollständigung durch das kantonale Recht. Der Erlass dieser, die unbedingte Geltung des Bundesrechts auslösenden kantonalen Staatsakte ist den Kantonen bald freigestellt, bald zur Pflicht gemacht¹. Wenn wir die als Bedingung für die Vollziehbarkeit dieser Bundesrechtsätze fungierenden kantonalen Hoheitsakte einer näheren Betrachtung unterziehen, sehen wir, dass sich — entsprechend der Einteilung der Vorbehalte in solche deklaratorischer und konstitutiver Natur — zwei Grundtypen von suspensiv-bedingten Bundesrechtsätzen unterscheiden lassen.

I. 1. Der die Bedingung der Vollziehbarkeit des Bundesrechts bildende kantonale Staatsakt kann auf der eigenen verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone beruhen. Dies trifft zu im Bereiche der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes, namentlich wenn der Bundesgesetzgeber sich auf den Erlass allgemeiner, den Einzelnen nicht unmittelbar bindender Vorschriften beschränkt, das Bundesrecht zu seiner Anwendbarkeit also auf eine ergänzende kantonale Normierung angewiesen ist². Ähnlich liegen die Dinge, wenn die verfassungsmässige Kompetenz des Bundes sich nur auf die Regelung der materiellen Seite einer Materie erstreckt, der Erlass des formellen Rechts — wie etwa in Art. 64 und 64 bis BV — von Verfassungs wegen weitgehend den Kantonen überlassen bleibt. Die materiell-rechtliche Ordnung ist hier in ihrer Durchsetzbarkeit vom Erlass der der Rechtsverwirklichung dienenden kantonalen Vorschriften abhängig. Hier liegt eine besondere Art suspensiv-bedingten Bundesrechts vor, indem die Bedingtheit diesen Normen unabhängig vom Willen des Bundesgesetzgebers anhaftet und ein Ausfluss der für unseren Bundesstaat charakteristischen Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen darstellt.

In einem weiteren Sinne haben auch all die Normativvorschriften als suspensiv-bedingtes Bundesrecht zu gelten, die mit fakultativen Vorbehalten zugunsten des kantonalen Rechts verbunden sind. Unbedingte Geltung erlangen diese Direktiven nur, sofern der Kanton von der entsprechenden bundesrechtlichen Ermächtigung Gebrauch macht. Auch die durch den Erlass einer kantonalen Ersatzvorschrift verdrängten, nur subsidiäre Geltung beanspruchenden Bundesrechtsätze können zum suspensiv-bedingten Bundesrecht gezählt werden³.

¹ Über das suspensiv-bedingte Bundesrecht ausführlich Sträuli 170 ff. Vgl. auch Jellinek Gesetzesanwendung 97, Haenel Staatsrecht 258.

² Z. B. Fischereigesetz 3, Jagdgesetz 14, 30, 61 usw.

³ Vgl. darüber auch Jellinek Gesetzesanwendung 96.

2. Im Gegensatz zu der durch die verfassungsmässige Kompetenz-ausscheidung hervorgerufenen bedingten Geltung des Bundesrechts, ist das suspensiv-bedingte Bundesrecht im eigentlichen Sinne die Folge einer von föderalistischen Momenten beeinflussten gesetzgeberischen Ausgestaltung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes. Aber auch hier finden sich Bundesnormen, deren Geltung oder doch zum mindesten deren Anwendungsbereich durch einen, auf dem eigenen kantonalen Zuständigkeitsbereich beruhenden Rechtsatz bedingt ist. Und zwar stellt die Anwendbarkeit, resp. der Umfang der Geltung dieser Bundesrechtsnormen meist nur eine Reflexwirkung eines von den Kantonen in anderem Zusammenhang aufgestellten Rechtsatzes dar. So z. B., wenn in Art. 4 des BG betr. die Betäubungsmittel festgelegt wird, dass zum Erwerb und zur Abgabe gewisser Chemikalien alle die öffentlichen Apotheken, Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte befugt sind, die ein vom Kanton anerkanntes Diplom besitzen⁴.

3. Den bisher behandelten Fällen ist gemeinsam, dass der die aktuelle Geltung dieser bundesrechtlichen Normen auslösende kantonale Staatsakt auf der verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone beruht. Eine Erweiterung des kantonalen Kompetenzbereiches, eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen fand hier von seiten des Bundes nicht statt. Ebensowenig ist mit den suspensiv-bedingten Bundesrechtsätzen eine Erweiterung der kantonalen Zuständigkeit verbunden, deren Vollziehung davon abhängt, ob die Kantone von einem, in anderem Zusammenhang gemachten Vorbehalt zugunsten des ergänzenden oder ersetzenden kantonalen Rechts Gebrauch gemacht haben⁵. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn gemäss Art. 104 des BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen die in den dort aufgeführten Fällen getroffenen Entscheide der Nachlassbehörden innert 10 Tagen an die obere kantonale Nachlassbehörde weitergezogen werden können, sofern der betreffende Kanton von der ihm in Art. 23 Ziff. 3 SchKG eingeräumten Befugnis zur Aufstellung von zwei Instanzen Gebrauch gemacht hat⁶.

II. Suspensiv-bedingtes Bundesrecht tritt oft als Folge der eigenartigen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf. In diesem Bereiche bedarf es zur Erzeugung einer anwendbaren Rechtsordnung eines Zusammenwirkens von Zentral- und Gliedstaat. Aber auch dann, wenn die Kompetenz des Zentralstaates zur Schaffung einer unbedingt Geltung beanspruchenden Regelung einer Materie gegeben ist, treffen wir häufig

⁴ Vgl. auch VO zum Betäubungsmittelgesetz 22, OG 53/1, BB betr. die Organisation und das Verfahren des eidg. Versicherungsgerichtes vom 28. 3. 1917 Art. 126. Vgl. zu diesen Beispielen auch oben § 4 II Anm. 24.

⁵ Darüber auch Rosin 71 f.

⁶ Dem Wesen des suspensiv-bedingten Bundesrechts ist daher eine Erweiterung des kantonalen Kompetenzbereiches nicht unbedingt eigen, wie Sträuli 181 annimmt. Hierher gehören auch ZGB 972/3, Grundbuchverordnung 80, SchKG 294/2, KUVG 38.

auf die Erscheinung, dass der Bundesgesetzgeber darauf verzichtet, von seiner Zuständigkeit zu einer eigenen abschliessenden materiellen Regelung erschöpfend Gebrauch zu machen. Bisweilen begnügt er sich vielmehr damit, eine Materie einer nur grundsätzlichen Ordnung zu unterziehen⁷, in anderen Fällen beschränkt er sich darauf, einen Teilrechtsatz zu erlassen⁸. Die erforderliche Konkretisierung und Ergänzung bleibt dem kantonalen Recht anheimgestellt. Bei weniger zahlreichen Gelegenheiten hat der Bundesgesetzgeber zwar selbst eine abschliessende materielle Normierung eines Rechtsgebietes getroffen, macht aber deren Verbindlichkeit von einem Akt der Zustimmung von seiten der Kantone abhängig.

In all diesen Fällen überträgt der Bundesgesetzgeber den Kantonen die Befugnis zur Setzung der die unbedingte Geltung des Bundesrechts auslösenden Bedingungen. Es findet somit eine entsprechende Erweiterung des kantonalen Kompetenzbereiches statt. Diese Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen haben häufig nur fakultativen, ermächtigenden Charakter⁹. Vielfach schliessen diese Kompetenzübertragungen aber auch die Verpflichtung der Kantone zu einem entsprechenden Tätigwerden in sich.

1. Die den Kantonen in diesem Zusammenhang gewährten Kompetenzerweiterungen sind nun von ganz unterschiedlichem Interesse, je nach der Bedeutung der in ihrer Vollziehbarkeit durch den betreffenden kantonalen Staatsakt bedingten Bundesrechtsätze.

a) Häufig sind nur einzelne Bundesnormen in ihrer Anwendbarkeit suspensiv-bedingt. Als Beispiel diene hier Art. 72 Abs. 1 der VO über den Zivilstandsdienst, wonach die Anzeige über den Tod eines Individuums oder über einen Leichenfund in den von den Kantonen als abgelegen bezeichneten Ortschaften an den Ortsvorsteher erfolgen kann. Ob ein Kanton solche Orte bezeichnen und damit die aktuelle Geltung dieses Bundesrechtsatzes herbeiführen will, bleibt seinem Gutdünken überlassen.

b) Ein bedeutenderer Einfluss ist den Kantonen auf die Reichweite der bundesrechtlichen Normierung dann gelassen, wenn sie befugt erklärt werden, ein bundesrechtliches Institut auch noch für weitere Fälle anzuwenden¹⁰, oder wenn den Kantonen überlassen bleibt, ob sie einer durch das Bundesrecht vorgesehenen Behörde noch weitere Kompetenzen übertragen wollen¹¹. Für einen gewissen Kreis von bundesrechtlich vorgesehenen Tatbeständen beanspruchen diese Normen somit unbedingte Geltung. Für einen weiteren, durch das kantonale Recht zu bestimmenden Anwendungsbereich ist die Wirksamkeit dieser Bundesrechtsätze aber suspensiv-bedingt.

⁷ Dazu Sträuli 172 f. Vgl. auch ZGB 349 ff., Tierseuchengesetz 26.

⁸ Dies trifft namentlich zu für die Blankettgesetze des Strafrechts. Vgl. darüber Rosin 71 ff., Sträuli 173. StGB 293/1, 309 usw. Solche unselbständigen Rechtsätze (Sträuli 173) finden sich aber auch in anderen Materien, vgl. z. B. ZGB 552, 553.

⁹ So z. B. Fabrikgesetz 35, Entschuldungsgesetz 10/2, SchlT ZGB 33 usw.

¹⁰ Vgl. z. B. ZGB 553/3, 609/2. Siehe auch oben § 9 2 d.

¹¹ Lebensmittelgesetz 4/6, Fabrikgesetz 35, ZGB 423/3. Vgl. auch oben § 9 2 e.

c) Mit Hilfe anderer Vorbehalte wird den Kantonen gestattet, das Bundesrecht auf Rechtsverhältnisse anwendbar zu erklären, die der Bundesgesetzgeber mit seiner Regelung nicht selbst hat erfassen wollen. Dies trifft z. B. zu auf Art. 33 Abs. 1 SchlT ZGB, wonach es den Kantonen überlassen bleibt, ob und nach welchen Richtungen sie eine Grundpfandart des alten kantonalen Rechts einer solchen des ZGB gleichstellen wollen. Wie auch in den vorhergehenden Fällen erfährt hier der Geltungsbereich der bundesrechtlichen Normen eine durch das kantonale Recht vorzunehmende Erweiterung¹².

d) Die grösste Rückwirkung auf das Bundesrecht besitzen die Vorbehalte zugunsten der Kantone, die ihnen nicht nur gestatten, dem Bundesrecht von ihm bis anhin nicht erfasste Tatbestände zu unterstellen, sondern ihnen die Entscheidungsbefugnis darüber einräumen, ob für den Vollzug ganzer Gesetzesabschnitte oder gar vollständiger Bundesgesetze in ihrem Gebiete ein Bedürfnis besteht. In Ausnahmefällen sind dabei die Kantone in der Setzung der die Anwendbarkeit des Bundesrechts auslösenden Bedingung an gewisse Voraussetzungen objektiver Natur gebunden¹³. In den weitaus meisten Fällen erfreuen sie sich aber völliger Freiheit. Es hängt z. B. ganz vom Gutdünken des kantonalen Gesetzgebers ab, ob die Bestimmungen des ZGB über die Heimstätten¹⁴ im betreffenden Kanton Anwendung finden sollen. Desgleichen bleibt es den Kantonen überlassen, ob sie die im BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen vorgesehene Entschuldung überhaupt durchführen wollen¹⁵.

2. Suspensiv-bedingt ist die Anwendbarkeit der Bundesrechtsätze auch dann, wenn ein Bundeserlass im Rahmen der Übergangsbestimmungen die Möglichkeit einer Fortgeltung des bestehenden kantonalen Rechts anerkennt, den Kantonen aber keine Änderung, sondern nur noch eine Aufhebung dieser Rechtsätze und damit die Einführung der bundesrechtlichen Regelung gestattet¹⁶.

3. Als Bedingung für die Vollziehbarkeit des Bundesrechts wird hin und wieder ein kantonaler Verwaltungsakt¹⁷, meist aber ein Akt der

¹² Vgl. z. B. auch SchKG 80/2, Tierseuchengesetz 26. So auch ZGB 944/1. In-
dessen beruht in diesem letzteren Fall der den erweiterten Geltungsbereich des
Bundesrechts statuierende Rechtsatz nicht auf einer Delegation, sondern auf dem
eigenen, verfassungsmässigen kantonalen Zuständigkeitsbereich. Denn wenn es dem
kantonalen öffentlichen Recht gemäss Art. 644 ZGB überlassen ist, die „rechtliche
Natur der dem Hoheitsträger hinsichtlich der öffentlichen Sachen zukommenden
Herrschaft“ zu bestimmen, muss es auch ihm anheimgestellt bleiben, ob es in
diesen Fällen eine Buchung vorschreiben will oder nicht. Vgl. hierzu Egger
Kommentar ZGB 944 N. 2.

¹³ So z. B. in SchKG 317 a.

¹⁴ ZGB 349 ff.

¹⁵ Vgl. Entschuldungsgesetz 10/2, 39/1, Entschuldungsverordnung 8 lit. a; wei-
ter gehören hierher: ZGB 552, 828 ff., Lotteriegesetz 5 ff. usw.

¹⁶ Zu Unrecht ist das Bundesrecht in diesen Fällen von Haenel Staatsrecht 258
als subsidiär bezeichnet worden. Vgl. weiter ZGB SchlT 20, 22.

¹⁷ Fleiner/Giacometti 122, Sträuli 171, 179.

kantonalen Rechtsetzung verlangt. Dieser kantonale Erlass kann eine ganz verschiedene Aufgabe haben¹⁸. In zahlreichen Fällen enthält er einzig die Vollziehbarerklärung des bis anhin in seiner Geltung suspendierten Bundesrechts¹⁹, oder ist doch darauf gerichtet, einer bundesrechtlichen Regelung zur Anwendung zu verhelfen²⁰. Oft lösen die Kantone, indem sie von einem bundesrechtlichen Vorbehalt zur Schaffung kantonalen Rechts Gebrauch machen, die für diesen Fall vorgesehene aktuelle Geltung bestimmter Bundesrechtsätze aus²¹. Des weiteren ist hier noch eine Kategorie von suspensiv-bedingtem Bundesrecht zu erwähnen, das mit dem als Vollzugsbedingung ausersehenen kantonalen Rechtsatz in keinerlei direkter Beziehung steht. Dies wird vor allem dann zutreffen, wenn der als Bedingung dienende kantonale Rechtssatz auf der eigenen verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone beruht und die beiden Erlasse in ihrer Gesamtheit in keinem Verhältnis gegenseitiger Ergänzung zueinander stehen²².

3. Abschnitt:

DAS AUSFÜLLEN DER BUNDESRECHTLICHEN VORBEHALTE DURCH DIE KANTONE.

§ 13. Das Ausfüllen der bundesrechtlichen Vorbehalte durch die Kantone.

1. Es stellt sich die Frage, ob die Kantone von den ihnen von seiten des Bundes mittelst konstitutiven Vorbehalten überlassenen Rechtsetzungsbefugnissen nur durch den Erlass von Rechtsätzen Gebrauch machen können oder ob diese Vorbehaltsgebiete auch durch kantonales Gewohnheitsrecht ausgefüllt werden können.

1. Die Zulassung von Gewohnheitsrecht zur Ausfüllung der bundesrechtlichen Vorbehalte wird in der Literatur gelegentlich verneint¹ mit der Begründung, dass Gewohnheitsrecht „keine Emanation einer staatlichen Herrschergewalt“ sei und daher in Wahrheit weder gliedstaatliches noch zentralstaatliches Recht darstelle². Demgegenüber ist daran festzuhalten, dass Recht nur sein kann, was einer Rechtsordnung zurechenbar ist³. In

¹⁸ Darüber auch Sträuli 179 f.

¹⁹ Vgl. z. B. SchKG 317 a, 80/2, ZGB 553/3, 609/2, 944/1, ZGB SchlT 33/1.

²⁰ Dies trifft immer dann zu, wenn die Kantone die zur Konkretisierung und Ergänzung von nur allgemeinen Grundsätzen enthaltendem Bundesrecht notwendigen Normen setzen.

²¹ Vgl. z. B. Forstpolizeigesetz 42 Ziff. 4, Entschuldungsverordnung 8 lit. a, Entschuldungsgesetz 10/2, 39/1, 40/3, Lotteriegesetz 6 ff., in Verbindung mit Art. 5, ZGB 828 ff., Tierseuchengesetz 26. Hierher gehören auch alle mit einem Vorbehalt zugunsten der Kantone verknüpften Normativvorschriften.

²² Vgl. die in Anm. 4 aufgeführten Beispiele.

¹ So von Sträuli 169.

² Sträuli 153.

³ Imboden 85.

Frage steht somit lediglich, welcher der beiden bundesstaatlichen Rechtssphären⁴ — der gliedstaatlichen oder der zentralstaatlichen — das Gewohnheitsrecht zugerechnet werden muss.

Art. 1 Abs. 2 ZGB verweist den Richter bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung in erster Linie auf das Gewohnheitsrecht. Die gewohnheitsrechtliche Ausgestaltung, die ein bundesrechtliches Institut gefunden hat, braucht keiner gesamtschweizerischen Übung entsprungen zu sein. Wenn ein bundesrechtliches Institut nur einen territorial begrenzten Anwendungsbereich besitzt, vermag auch eine auf diesen Kreis beschränkte Übung als Voraussetzung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht zu genügen⁵. Und zwar handelt es sich bei den so entstandenen Gewohnheitsrechtsätzen immer um Bundesrecht mit einem faktisch örtlich beschränkten Anwendungsbereich. Dagegen kann der Ansicht von Gmür⁶ nicht beigepllichtet werden, wonach in Ergänzung des ZGB nach Landesgegenden verschiedene Übungen als Gewohnheitsrecht anerkannt werden können, so dass wir im Ergebnis territorial verschiedenem Recht — das in Würdigung des Prinzips der Gesamtkodifikation allerdings auch von Gmür als Bundesrecht anerkannt wird⁷ — gegenüberstehen würden. Einer solchen Auslegung von Art. 1 Abs. 2 ZGB steht der Sinn des Art. 64 BV entgegen. Ziel der Kodifikation des Zivilrechts ist nicht primär die Schaffung eidgenössischen Rechts. Dies ist lediglich eine Folgeerscheinung. Angestrebt wird in erster Linie die Rechtseinheit. Für das ganze Territorium des Bundes soll mangels eines entgegenstehenden Vorbehaltes ein Recht gelten. Diese jeder Kodifikation zugrunde liegende ratio würde aber durch eine Ergänzung und Fortbildung des Bundesrechts durch territorial verschiedene Gewohnheitsrechtsätze verletzt⁸. Sicher wäre von einem föderalistischen Standpunkt aus zu begrüßen, wenn durch eine entsprechende partikularistische Gewohnheitsrechtsbildung das Bundesrecht eine den überlieferten lokalen Rechtsanschauungen entsprechende Ergänzung finden könnte. Mit der Statuierung des Prinzips der Gesamtkodifikation ist aber der Entscheid zugunsten der zentralistischen Lösung gefallen. Wo kantonales Recht nicht vorbehalten bleibt, soll derselbe Rechtsatz im ganzen Bundesgebiet Anwendung finden. Räumlich verschiedenes Gewohnheitsrecht kann nur innerhalb der Vorbehalte zugunsten der Kantone zur Entstehung gelangen. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für das Gebiet des Privatrechts, sondern auch für jede andere Bundesrechtskodifikation und auch für die im Bereich der beschränkten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes ergehenden, Vollständigkeit beanspruchenden zentralstaatlichen Erlasse⁹.

⁴ Im Sinne von in einem hierarchischen Verhältnis sich befindlichen Teilordnungen der einen Bundesrechtsordnung. Imboden 31.

⁵ Egger Kommentar ZGB 1 N. 33.

⁶ Gmür Gewohnheitsrecht 23 f., Gmür Kommentar ZGB 1 N. 19 a.

⁷ Vgl. Gmür Kommentar ZGB 1 N. 19 a.

⁸ In diesem Sinne auch Imboden 85 f.

⁹ Soweit eine Gewohnheitsrechtsbildung überhaupt anerkannt wird.

Auch im eigenen Wirkungskreis der Kantone nimmt neben dem Gesetzesrecht häufig das Gewohnheitsrecht einen weiten Raum ein. Rechtlich gesehen verdankt dieses Gewohnheitsrecht seine Verbindlichkeit der Anwendung durch den Richter und die Verwaltungsbehörde¹⁰. Wenn die kantonalen rechtsanwendenden Behörden in Ergänzung oder Fortbildung des kantonalen Rechts eine allgemeine Übung zu einem Satz des Gewohnheitsrecht erheben, so sind diese neugeschaffenen Rechtsätze ebenfalls dem kantonalen Rechtskreis zuzurechnen. Die Möglichkeit der Entstehung kantonalen Gewohnheitsrechts ist somit gegeben, und es würde von dieser Seite her der Ausfüllung der bundesrechtlichen Vorbehalte durch Gewohnheitsrecht nichts im Wege stehen¹¹.

2. Da die kantonale Gesetzgebung im übertragenen wie auch im eigenen Wirkungskreis ihre Schranken in den bundesrechtlichen Normen findet, ist in erster Linie eine Frage des eidgenössischen Rechts, ob die den Kantonen durch Bundeserlass überwiesenen Rechtsfragen auch eine gewohnheitsrechtliche Regelung erfahren können. Nur wenn dem Bundesrecht in dieser Beziehung eine Entscheidung nicht entnommen werden kann, bleibt die Lösung dieser Frage den Kantonen überlassen.

Wir wollen hier kurz auf die Frage nach der bundesrechtlichen Zulässigkeit der gewohnheitsrechtlichen Ausfüllung der Vorbehalte zugunsten der Kantone eintreten. Dem Bestehen von kantonalem Gewohnheitsrecht steht selbstverständlich von Bundes wegen in dem Umfange nichts im Wege, als ein Bundesgesetz von einer dem Bunde übertragenen Materie keinen abschliessenden Gebrauch macht. Somit kann auch überall dort, wo ein Bundeserlass hinsichtlich der Regelung eines bestimmten Rechtsgebietes mit Hilfe kodifikationsbegrenzender Vorbehalte schlechthin auf das kantonale Recht verweist, das ausfüllende kantonale Recht Gewohnheitsrecht sein¹². Dies versteht sich von selbst, werden die Kantone hier doch weiterhin in ihrem eigenen Wirkungskreis tätig. Aus dem gleichen Grunde kann gegen eine solche kantonale Rechtsbildung von Bundes wegen auch im Bereich der übrigen deklaratorischen Vorbehalte nichts eingewendet werden¹³.

Umstritten ist die hier zur Diskussion stehende Frage hingegen in bezug auf die den Kantonen mittelst einer Delegation von seiten des Bundes übertragenen Rechtsetzungskompetenzen¹⁴. Eine einheitliche Lösung kann dieses Problem unseres Erachtens nicht erfahren. Die Antwort muss —

¹⁰ Burckhardt Organisation 219 ff., Burckhardt Einführung 205, Imboden 85.

¹¹ A. A. Sträuli 169.

¹² Vgl. auch Egger Kommentar ZGB 5 N. 12 (unter „obligatorische Vorbehalte“), Egger Geltungsbereich 189, Gmür Kommentar ZGB 5 N. 11.

¹³ BGE 45 I 54, wobei man sich in Erinnerung zu rufen hat, dass Art. 664 ZGB nur deklaratorische Bedeutung beigelegt werden kann. Oben § 8 1 b Anm. 14.

¹⁴ Vgl. einerseits Egger Kommentar ZGB 5 N. 12 und andererseits Gmür Kommentar ZGB 5 N. 11 und 12, der ohne Einschränkung dafür eintritt, dass die vorbehaltenen kantonalen zivilrechtlichen Bestimmungen auch gewohnheitsrechtliche sein können.

Fehlen einer ausdrücklichen bundesrechtlichen Regelung vorausgesetzt — vielmehr aus einer Auslegung der einzelnen Vorbehalte gewonnen werden. Immerhin wollen wir versuchen, für die verschiedenen Vorbehaltsarten gewisse Grundsätze herauszuschälen.

a) Im Bereich des fakultativen ergänzenden kantonalen Rechts begnügt sich der Bundesgesetzgeber damit, ein gewisses Minimum an Rechtsätzen aufzustellen. Eine weitere Ausgestaltung dieser Rechtsverhältnisse wird den Kantonen anheimgestellt. Es wäre nun nicht einzusehen, aus welchem Grunde diese Ergänzung nur durch das gesetzte kantonale Recht sollte vorgenommen werden können¹⁵. Selbstverständlich findet das ergänzende Gewohnheitsrecht — wie auch das gesetzte ergänzende kantonale Recht — seine Schranke im Bundesrecht¹⁶ und im höherstufigen kantonalen Recht. Hingegen sind wohl auch im Bereich des ergänzenden kantonalen Rechts überall dort gesetzte Normen erforderlich, wo das Bundesrecht den Kantonen die zulässige Ergänzungsbestimmung bereits selbst vorschreibt¹⁷.

b) Einen Übergang zur vollständigen Rechtsvereinheitlichung stellt vielfach¹⁸ das subsidiäre Bundesrecht dar. Durch die Aufstellung solcher, der angestammten derogatorischen Kraft entkleideter Bundesrechtsätze, will der Bund bei weitgehender Schonung der Eigenheiten der Kantone diese doch auf die nach seiner Ansicht beste Art der Normierung eines bestimmten Gegenstandes hinweisen. Die Kantone sollen nur bei Vorliegen

¹⁵ Es sei denn, dass zur Ergänzung der bundesrechtlichen Normen ausdrücklich gesetztes kantonales Recht verlangt wird, wie z. B. in Art. 53 Abs. 2 SchlT ZGB. Immerhin ist die Tragweite dieses Artikels sehr umstritten. Vgl. z. B. Egger Kommentar ZGB 5 N. 12, Egger Geltungsbereich 189 und demgegenüber Egger Geltungsbereich 190, Egger Kommentar ZGB 686 N. 13, 695 N. 28. Gegen den Ausschluss des Gewohnheitsrechtes auch Gmür Kommentar ZGB 5 N. 11. Immerhin dürfte der von Gmür zugunsten der Zulassung von Gewohnheitsrecht angeführte Einwand, in Art. 53 Abs. 2 SchlT ZGB sei die Rede von „fakultativen Ergänzungsverordnungen nicht von vorbehaltenen Sonderrechtssätzen“ kaum stichhaltig sein. Ein rechtswesentlicher Unterschied zwischen einer fakultativen Ergänzungsverordnung, die ja auch spezielles kantonales Recht darstellt, und kantonalen Sonderrechtssätzen besteht nicht. Der Gesetzgeber dürfte bei Erlass dieses Artikels vor allem an das subsidiäre Bundesrecht gedacht haben. In diesem Sinne wohl auch Gmür Kommentar SchlT 53 N. 4. Das Bundeszivilrecht soll nur vor gesetztem kantonalen Recht weichen. Für diese enge Auslegung spricht auch Art. 6 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfes zum ZGB (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 28. Mai 1904, BBl. 1904 IV 1 ff.). Hierzu Gmür Kommentar ZGB 5 N. 11. Selbst wenn Art. 53 Abs. 2 SchlT auf einen vollständigen Ausschluss des Gewohnheitsrechtes im Bereiche des ergänzenden kantonalen Rechts hinzielen sollte, wäre die Entwicklung in der Praxis lediglich ein Beweis dafür, dass schlussendlich der Gesetzgeber über die Zulassung des Gewohnheitsrechtes nicht entscheiden kann. Hierzu Burckhardt Einführung 207.

¹⁶ Vgl. auch Staudinger Kommentar EG BGB 2 N. 17: „Reichsrecht bricht auch Landsgewohnheitsrecht.“

¹⁷ Vgl. oben § 9 2 a. Gegen jede Zulässigkeit von Gewohnheitsrecht im Bereiche des fakultativen ergänzenden kantonalen Rechts Sträuli 204.

¹⁸ Über die Motive, die zur Aufstellung von subsidiärem Bundesrecht führen, oben § 10 I 1.

eines wirklichen Bedürfnisses abweichendes Recht schaffen. Damit unvereinbar wäre, auch Gewohnheitsrecht mit dieser ausserordentlichen Wirkung auszustatten. Natürlich hindert nichts die Kantone, in ihren Einführungsgesetzen ausdrücklich die Weitergeltung des bisherigen kantonalen Gewohnheitsrechts zu statuieren. Dadurch erlangt aber nicht das bis anhin geübte Gewohnheitsrecht als solches Anwendbarkeit unter dem neuen Recht. Es wird so vielmehr zum mittelbaren Inhalt des Gesetzesrechtes. Es gilt, weil es durch den Gesetzgeber verbindlich erklärt worden ist¹⁹. Anders wird aber dann zu entscheiden sein, wenn die Subsidiarität des Bundesrechts eine vollständige ist, der die resolutive Bedingung darstellende kantonale Rechtsatz vom Bundesrecht in keiner Weise präjudiziert wird²⁰.

c) Eine ähnliche Stellung wie das subsidiäre Bundesrecht nimmt das suspensiv-bedingte Bundesrecht ein, soweit die Setzung der Bedingung den Kantonen nicht zur Pflicht gemacht wird. Auch hier kann von einem Übergangsstadium zur vollständigen Rechtseinheit gesprochen werden. Doch stellen die suspensiv-bedingten Bundesnormen zwingendes Recht dar. Den Kantonen verbleibt lediglich die Entscheidung darüber, ob sie diesem Bundesrecht zur aktuellen Geltung verhelfen wollen oder nicht. Viele dieser suspensiv-bedingten Bundesrechtsätze nehmen einen kantonalen Rechtsatz, dessen einziger Inhalt in der Vollziehbarerklärung des Bundesrechts besteht, zur Voraussetzung ihrer Geltung²¹. Hier dürfte wohl allein gesetztes kantonales Recht als Bedingung der Anwendbarkeit des Bundesrechts genügen²². Hingegen kann diese Funktion an sich wohl auch durch Gewohnheitsrecht erfüllt werden, wenn das kantonale Recht nicht darauf gerichtet ist, die Bedingung der Anwendbarkeit des suspensiv-bedingten Bundesrechts zu setzen, die Geltung des Bundesrechts vielmehr nur die Reflexwirkung eines in einem Kanton geübten Rechtssatzes darstellt²³. Entsprechend wird z. B. auch dann zu entscheiden sein, wenn den Kantonen überlassen bleibt, eine bundesrechtlich vorgesehene Behörde mit weiteren Aufgaben zu betrauen²⁴.

d) Eine eindeutige Lösung des hier aufgeworfenen Problems ist in all den Fällen möglich, in denen der Erlass einer zur Ergänzung des Bundesrechts dienenden Norm den Kantonen zur Pflicht gemacht wird, oder wenn

¹⁹ Burckhardt Einführung 205. Die Lage ist somit die gleiche wie in den Fällen, in denen das Zivilgesetzbuch auf Übung und Ortsgebrauch verweist. Hierzu Gmür Gewohnheitsrecht 47, Egger Kommentar ZGB 5 N. 17. A. A. Sträuli 169.

²⁰ Also dann, wenn es dem Bundesgesetzgeber nicht darum zu tun ist, wie eine Materie ausgestaltet wird, sondern darum, dass sie überhaupt rechtlich erfasst wird. Für einen vollständigen Ausschluss des Gewohnheitsrechts im Gebiete des subsidiären Bundesrechts Sträuli 168 f.

²¹ Hierzu oben § 12 II 3.

²² Vgl. Sträuli 181.

²³ Vgl. z. B. SchKG 80/2, dazu BGE 34 I 226 f., OG 53/1, 126, Betäubungsmittelverordnung 22 usw. Die Lösung der hier zur Diskussion stehenden Frage ist somit davon abhängig, ob der diese Reflexwirkung ausübende kantonale Rechtsatz nach kantonalem Staatsrecht ein gewohnheitsrechtlicher sein kann.

²⁴ Oben § 12 II 1 b.

nicht ihrem Belieben anheimgestellt werden soll, ob sie die Bedingung zur Vollziehbarkeit suspensiv-bedingter Bundesrechtsnormen setzen wollen oder nicht. Das Bundesrecht ist hier auf eine ergänzende Tätigkeit des kantonalen Gesetzgebers angewiesen. Bei Nichterlass dieser bundesrechtlich gebotenen kantonalen Vorschriften steht dem Bund das Recht der Ersatzvornahme zu. Im Interesse der Rechtssicherheit kann hier nicht auf das Bestehen eines entsprechenden Gewohnheitsrechts abgestellt werden. Nur gesetztes kantonales Recht vermag in diesem Bereiche den bundesrechtlichen Anforderungen zu genügen.

II. Dort, wo wir auf Grund der angestellten Überlegungen zur Ansicht gelangt sind, dass im Bereich der bundesrechtlichen Vorbehalte nur gesetztes kantonales Recht den bundesmässigen Anforderungen zu genügen vermag, kommen wir, gestützt auf ähnliche Betrachtungen, in weitem Masse zum Schluss, dass nur im Hinblick auf einen Vorbehalt neugeschaffenes kantonales Recht zur Ausfüllung der Vorbehaltsgebiete zulässig sein kann.

1. Der Weitergeltung des bisherigen kantonalen Rechts steht selbstverständlich bundesrechtlich nichts im Wege, soweit einem Vorbehalt nur deklaratorische Bedeutung beigelegt werden kann, wie dies auch im Bereiche der kodifikationsbegrenzenden Vorbehalte²⁵ und der nicht Vollständigkeit beanspruchenden Bundesgesetze der Fall ist.

2. Wie auch gegen die Weitergeltung des bisherigen kantonalen Gewohnheitsrechts innerhalb der fakultativen Vorbehalte von Bundes wegen grundsätzlich nichts einzuwenden ist, kann in diesem Bereiche dem fernerer Bestand des vor erfolgter Rechtsvereinheitlichung geltenden gesetzten kantonalen Rechts — soweit sich dieses im Rahmen der Vorbehalte bewegt — nichts entgegengehalten werden²⁶. Auf einem anderen Blatt steht aller-

²⁵ Vgl. Egger Geltungsbereich 188, der hier von kantonal-rechtlichen Materien spricht. Sträuli 204, der diese unechten Vorbehalte als ausschliessliche bezeichnet.

²⁶ Anders ist natürlich dann zu entscheiden, wenn ein BG selbst ausdrücklich eine abweichende Regelung enthält. Aber auch in diesem Falle steht es dem kantonalen Gesetzgeber frei, in seinem Einführungserlass auf das bisherige kantonale Recht zu verweisen. Damit erlässt er aber einen neuen Gesetzesbefehl (Sträuli 166), und die davon betroffenen Bestimmungen werden zu einem Bestandteil des neuen Rechts. Die Ansicht von Sträuli 204, wonach im Bereiche der Vorbehalte des ZGB das ergänzende kantonale Recht neu formuliert werden muss, hat keine Stütze im positiven Recht. Ein solches Erfordernis ergibt sich ausdrücklich weder aus Art. 5 Abs. 1 ZGB noch aus Art. 51 oder 53 SchlT ZGB. Vielmehr steht einer solchen Auslegung der Wortlaut von Art. 51 direkt entgegen. Auch in der Doktrin ist die Möglichkeit einer Weitergeltung des bisherigen kantonalen Rechts allgemein anerkannt. Vgl. Gmür Kommentar ZGB 5 N. 12, Egger Kommentar ZGB 5 N. 14, Reichel Kommentar SchlT 51 N. 2, Vetter 14. Seine entgegenstehende, in Geltungsbereich 189 vertretene Ansicht hat Egger in seinem Kommentar aufgegeben. Hingegen kann aus Art. 53 Abs. 2 SchlT ZGB geschlossen werden, dass in bezug auf das subsidiäre Bundesrecht nur neu aufgestellte kantonale Ersatzvorschriften zu genügen vermögen. So auch Sträuli 167. Hierüber auch oben Anm. 14. Das bisherige kantonale Recht wird ebenfalls gedeckt durch die Vorbehalte im eidgenössischen StGB. Vgl. StGB 400¹/₂. Dazu die Botschaft des Bundesrates vom 23. 7. 1918 in BBl. 1918 IV 99.

dings, ob zwecks Anpassung an System und Geist des Bundesrechts nicht eine Überprüfung des Standes der kantonalen Gesetzgebung und eine Bereinigung der vorbehaltenen Bestimmungen wünschbar wäre.

3. Wie wir uns erinnern, sind die Gründe, die den Bundesgesetzgeber zum Erlass von nur subsidiäre Geltung beanspruchenden Rechtsätzen veranlasst haben, keine einheitlichen. Dementsprechend ist auch die Antwort auf die Frage nach der Möglichkeit einer kantonalen Gewohnheitsrechtsbildung, je nach den Überlegungen, die den Gesetzgeber in seinem Vorgehen bestimmt haben, verschieden ausgefallen²⁷. Auf das hier zur Diskussion stehende Problem vermögen jene Motive hingegen keinen Einfluss auszuüben. Der Bundesgesetzgeber hat sich der in Frage stehenden Materie bemächtigt. Seine Regelung beansprucht Verbindlichkeit, sofern die Kantone die mangelnde derogatorische Kraft dieser Normen sich nicht zunutze machen. Sie müssen die fernere Anwendbarkeit der bis anhin geltenden kantonalen Normen also besonders erklären. In einer solchen Erklärung liegt aber ein neuer Gesetzesbefehl. Das subsidiäre Geltung beanspruchende Bundesrecht ist somit rechtlich gesehen durch neu geschaffene kantonale Normen in seiner Anwendbarkeit suspendiert worden. Immerhin gilt der hier entwickelte Grundsatz auch nicht undurchbrochen. So steht der Weitergeltung des bisherigen kantonalen Rechts und damit der Suspendierung des Bundesrechts durch diese Normen, immer dann nichts im Wege, wenn der Bundesgesetzgeber gewisse Höchst- oder Mindestvorschriften aufstellt, in der Meinung, es soll den Kantonen überlassen bleiben, in Verfolgung des bundesrechtlich angestrebten Zweckes, dem Sinn des Bundesrechts entsprechend, weitere einschränkende oder erleichternde Vorschriften aufzustellen²⁸.

4. Gegen die Weitergeltung der bisherigen, die Voraussetzung der Bedingung für die Vollziehbarkeit des suspensiv-bedingten Bundesrechts erfüllenden kantonalen Normen, ist an sich nichts einzuwenden. Doch verhält es sich in Wirklichkeit vielfach so, dass durch das suspensiv-bedingte Bundesrecht Materien eine Regelung erfahren, die bis anhin durch die Kantone überhaupt nicht, oder doch nicht in übereinstimmender Weise normiert worden sind²⁹, ein entsprechender Rechtsatz in den Kantonen

²⁷ Vgl. oben I 2b.

²⁸ Ein solches Beispiel findet sich bei Giacometti „Über die rechtliche Tragweite des Prinzips ‚Bundesrecht bricht kantonales Recht‘“ in SJZ Bd. 26 S. 293. Die obigen Ausführungen dürften auch gelten für die in § 10 Anm. 23 aufgeführten Fälle. Hierher gehört auch Art. 703 ZGB.

²⁹ So z. B. Entschuldungsgesetz 10/2, 39, 40. Dies trifft weiter auch dann zu, wenn eine nach Bundesrecht zu schaffende Behörde von den Kantonen mit weiteren Aufgaben betraut werden kann. Soweit aber eine entsprechende Behörde und ein entsprechender weiterer Aufgabenkreis in den Kantonen bereits bestanden, wird auch hier gegen die fernere Geltung des bisherigen kantonalen Rechts nichts vorgebracht werden können. Vgl. z. B. Lebensmittelgesetz 4/6. Gegenstandslos werden diese Erwägungen natürlich überall dort, wo das Bundesgesetz selbst eine ausdrückliche Entscheidung getroffen hat.

somit überhaupt nicht bekannt war. Andere suspensiv-bedingte Bundesrechtsätze hingegen verweisen ausdrücklich auf eine bestehende kantonale Norm. So z. B., wenn die Geltung eines Bundesrechtsatzes davon abhängig gemacht wird, dass die Kantone von einem in einem anderen Bundesgesetz aufgestellten fakultativen Vorbehalt Gebrauch gemacht haben³⁰, oder wenn ein Bundesrechtsatz nur vollziehbar sein will unter der Bedingung, dass die betreffende Frage im kantonalen Bereich eine entsprechende Regelung erfahren hat³¹. Entsprechend wird ferner überall dort zu entscheiden sein, wo die aktuelle Geltung des Bundesrechts lediglich eine Reflexwirkung eines im Kanton Anwendung findenden Rechtsatzes darstellt³².

5. Auch im Bereich der obligatorischen, die Kantone zu einem gewissen gesetzgeberischen Vorgehen verpflichtenden Vorbehalte, kann im Prinzip gegen die Weitergeltung der bisherigen kantonalrechtlichen Normierung — vorbehaltlich einer ausdrücklichen entgegenstehenden Bundesrechtsnorm — nichts eingewendet werden³³. In Wirklichkeit werden die Kantone aber meist genötigt sein, die vom Bundesrecht geforderten Ausführungsvorschriften in einem besonderen Einführungserlass zum betreffenden Bundesgesetz zusammenzufassen und damit auch in bezug auf die bereits vorhandenen kantonalen Normen einen neuen Gesetzesbefehl zu erlassen.

III. Soweit den Kantonen im Rahmen der Vorbehalte ein bestimmtes gesetzgeberisches Vorgehen nicht zur Pflicht gemacht wird, steht ihnen im allgemeinen frei, in welchem Umfange³⁴ und in welcher Weise sie von der ihnen eingeräumten Befugnis Gebrauch machen wollen³⁵. Eine Einschränkung ist hier immerhin für die Fälle anzubringen, in denen die Kantone in der ihnen anheimgestellten Ergänzung oder Ersetzung durch das Bundesrecht gebunden sind³⁶. Hier kann der kantonale Gesetzgeber sich lediglich darüber entscheiden, ob er sich rechtsetzend betätigen will. Häufig sind ihm hier sowohl Inhalt wie auch Umfang der zulässigen kantonalrechtlichen Regelung bereits vorgeschrieben. Auch haben die Kantone im Bereich des suspensiv-bedingten Bundesrechts durch die Setzung der Bedingung keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der dadurch unmittelbare Verbindlichkeit erlangenden Bundesrechtsnormen³⁷.

³⁰ Vgl. z. B. Entschuldungsgesetz 104, SchKG 143 bis. Natürlich kann ein solcher als Bedingung ausersehener Rechtsatz von den Kantonen auch nachträglich noch erlassen werden.

³¹ Z. B. Stimmrechtserleichterungsgesetz 1/4.

³² Vgl. oben I 2 c zu Anm. 22.

³³ Ein solcher Weiterbestand ist ausdrücklich vorgesehen in Ruhezeitverordnung 26/2.

³⁴ Sträuli 202. Dies gilt selbstverständlich auch für alle, nicht durch entgegenstehende Normativvorschriften eingegengten unechten Vorbehalte. Vgl. BGE 44 I 171.

³⁵ Mutzner Kommentar ZGB SchlT 44 N. 5. Vgl. etwa ZGB SchlT 33, ZGB 699/2, 915, OR 236.

³⁶ Vgl. als Beispiele oben § 9 2 a, § 10 II 1.

³⁷ Imboden 82.

Desgleichen steht den Kantonen im Bereiche der fakultativen Vorbehalte frei, zu welchem Zeitpunkt sie von der bundesrechtlichen Ermächtigung Gebrauch machen wollen. Ebenso ist ihnen überlassen, die durch einen solchen Vorbehalt gedeckte kantonale Norm zu einem späteren Zeitpunkt wieder ausser Kraft zu setzen³⁸. Dies muss mangels entgegenstehender bundesrechtlicher Bestimmung auch für eine die Bedingung für die Vollziehbarkeit von suspensiv-bedingten Bundesrechtsätzen bildende kantonale Norm gelten³⁹.

³⁸ Sträuli 165, 180.

³⁹ Hingegen ist eine Ausserkraftsetzung von kantonalen Normen im Bereich der obligatorischen Vorbehalte nur möglich, sofern gleichzeitig eine andere, den Vollzug des Bundesrechts sicherstellende kantonale Norm an deren Stelle tritt. Vgl. auch § 14 II 2 a Anm. 30.

3. Kapitel:

DIE KANTONALE RECHTSETZUNG IM ÜBERTRAGENEN WIRKUNGSKREIS.

§ 14. Die Rechtsetzung der Kantone als Organe des Bundes.

I. Die gesetzgeberische und die vollziehende Tätigkeit der Kantone ist nicht auf ihren eigenen Wirkungskreis — welcher die durch die BV negativ oder, zum Zwecke der Klarstellung, ausdrücklich den Kantonen zugeschiedenen Rechtsetzungskompetenzen umfasst — beschränkt. Die Kantone besitzen vielmehr einen weiteren, ihnen durch die Bundesgesetzgebung mittels der Delegation von Rechtsetzungs- und Vollzugskompetenzen übertragenen Wirkungskreis. Sie werden vom Bunde zur Ausübung seiner verfassungsmässigen Zuständigkeiten herangezogen, es ist ihnen die Erfüllung von Bundesaufgaben überbunden. Die Kantone sind im Bereiche dieses übertragenen Wirkungskreises somit Organe des Bundes im eigentlichen Sinne¹, wie die Bundesbehörden und die Bundesbeamten².

Organe des Bundes sind die Gliedstaaten in ihrem übertragenen Wirkungskreis auch nach der deutschen Bundesstaatstheorie³. Zu diesem Resultat gelangt auch die Lehrmeinung⁴, welche die Gliedstaaten dann als Organe des Bundes betrachtet, wenn sie nicht eigenen, sondern fremden

¹ Fleiner/Giacometti 63, 109.

² Fleiner/Giacometti 63. Dies im Gegensatz zu ihrer Stellung als Bundesorgane im weiteren Sinne im Bereiche des eigenen, ihnen durch die BV übertragenen Wirkungskreises. Wenn im folgenden von den Kantonen als Organen des Bundes die Rede ist, so stets in ihrer Eigenschaft als Bundesorgane im engern Sinne.

³ So z. B. nach Laband II 95. Dabei ist aber zu beachten, dass nach der deutschen Bundesstaatsdoktrin die Ergänzung der bundesstaatlichen Gesetze in weitem Masse auf der verfassungsmässigen Zuständigkeit der Länder beruht und eine Delegation, eine Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen nur dort stattfindet, wo den Regierungen der Einzelstaaten ein Verordnungsrecht eingeräumt wird, das sie nach der Landesverfassung nicht beanspruchen könnten. Dies kommt besonders deutlich zum Ausdruck bei Haenel Staatsrecht 266. Vgl. hierzu auch Thoma Handbuch II 248, Jellinek Gesetzesanwendung 98. Siehe auch unten § 15 2.

⁴ Nawiasky Bundesstaat 53. So auch hinsichtlich des Verhältnisses Kanton/Gemeinde Nawiasky „Grundbegriffe der Gemeindeautonomie“ in Verwaltungskurse Bd. 6 S. 15.

Staatswillen zu vollziehen haben oder wenn sie, wie sich Lukas in Anlehnung an Nawiasky ausdrückt, „durch den Willen des Bundesstaates in den Dienst bundesstaatlicher Interessen gestellt sind“⁵. Denn auch diese Theorie spricht letztlich den Gliedstaaten überall dort Organqualität zu, wo sie nicht in ihrem eigenen verfassungsmässigen Kompetenzbereich tätig werden⁶. Obwohl auf Grund dieser Lehre im grossen und ganzen das gleiche Ergebnis erreicht wird, scheint uns gleichwohl das Abstellen auf das Moment des Vollziehens „fremden Staatswillens“ oder auf das „bundesstaatliche Interesse“ nicht haltbar. Denn die Frage, wie weit sich die bundesstaatlichen Interessen erstrecken, wie weit die Gliedstaaten also fremden Staatswillen zu vollziehen haben, hat bereits durch die Kompetenzausscheidung der Bundesverfassung ihre Beantwortung gefunden. Ein Zurückgreifen auf diese Momente heisst eine Frage neuerdings aufrollen, die seinerzeit durch den Verfassungsgesetzgeber entschieden wurde. Dieses Suchen nach dem Willen und den Interessen des Bundes ist nur dazu angetan, Verwirrung zu stiften. So ist denn nicht verwunderlich, dass Lukas auf Grund der von ihm für die Qualifikation der Gliedstaaten als Organe des Bundes benützten Kriterien hinsichtlich der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes zu einem von unseren Anschauungen abweichenden Ergebnis gelangt. Auf Grund der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung ergibt sich nämlich, dass Bund und Kantone hier innerhalb derselben Materie nebeneinander verschiedene rechtsetzende Zuständigkeiten ausüben. Die BV hat durch diese Art der Kompetenzausscheidung dargetan, dass sich die Bundesinteressen lediglich auf die Einhaltung bestimmter, durch die Bundesgesetzgebung aufzustellende Grundsätze erstrecken. Was ausserhalb des Bereiches dieser allgemeinen Grundsätze liegt, gehört zum verfassungsmässigen Kompetenzbereich der Kantone. Ein Tätigwerden der Letzteren als Organe des Bundes kommt hier demnach überhaupt nicht in Frage. Bis hierher deckt sich unsere Ansicht mit derjenigen von Lukas⁸. Eine Abweichung ergibt sich erst dann, wenn der Bund sich in Überschreitung seiner verfassungsmässigen Zuständigkeit nicht mit der Schaffung von blossen Grundsätzen begnügt, die Kompetenz des Bundes zur Grundsatzgesetzgebung sich in ihrer gesetzgeberischen Ausgestaltung faktisch also kaum mehr von einer ausschliesslichen Bundeskompetenz unterscheiden lässt. In einem solchen Fall hat der Bundesstaat nach Lukas⁹ seinen Willen kundgemacht, die Gliedstaaten in den Dienst

⁵ Lukas 31, 37 f.

⁶ Dies zeigt besonders deutlich eine kritische Betrachtung der Ausführungen von Lukas. Vgl. hierzu die folgenden Darlegungen.

⁷ Oben § 7 I.

⁸ Vgl. Lukas 35.

⁹ Lukas 39. Das hier in Frage stehende Finanzausgleichsgesetz beruht auf Art. 11 der Weimarer Reichsverfassung, der das Reich nur zur Aufstellung von Grundsätzen über Zulässigkeit und Erhebungsart von Landesabgaben ermächtigt. Anschutz Kommentar RV Art. 11 N. 1. Auf den in der Bundesgesetzgebung zum Ausdruck gebrachten Willen stellt auch ab Doehl 90 f., 103.

seiner Interessen zu stellen. Sie seien hier somit als Organe des Bundesstaates auf Grund einer bundesrechtlichen Delegation tätig. Demgegenüber möchten wir festhalten, dass im Gebiete der Grundsatzgesetzgebungsmaterien sowohl Bund wie Kantone über einen eigenen durch die Verfassung zugewiesenen Wirkungskreis verfügen. Innerhalb ihres eigenen Kompetenzbereiches treten die Kantone aber stets als solche und niemals als Organe des Bundes auf. Diesem verfassungsrechtlichen Zustand kann selbstverständlich durch eine verfassungswidrige Kompetenzüberschreitung von seiten des Bundes kein Abbruch getan werden. Greift der Bund über den Bereich der allgemeinen Grundsätze hinaus, bis in die Einzelheiten der betreffenden Materie regelnd ein, und mag der den Gliedstaaten durch die Bundesgesetzgebung überlassene Raum noch so beschränkt werden, immer betätigen sich die Kantone in dem ihnen verbleibenden Rechtsetzungsbereich auf Grund ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeit, also keinesfalls als Organe des Bundes¹⁰.

Wir wollen daher zusammenfassend nochmals festhalten, dass die Kantone immer dort als Organe des Bundes tätig sind, wo sie sich nicht in ihrem eigenen, ihnen durch die Verfassung zugeschiedenen Wirkungskreis bewegen¹¹.

An die Tatsache der Organstellung der Kantone im übertragenen Wirkungskreis werden von der Theorie die verschiedensten Folgerungen geknüpft. Wir haben uns hier jedoch nur insoweit damit zu befassen, als dies im Zusammenhang mit der Gesetzesdelegation von Interesse ist.

II. Gemäss Art. 6 BV besitzen die Kantone die organisatorische Autonomie¹². Sie sind — unter Beobachtung der in Art. 6 BV aufgestellten Richtlinien — unter anderem befugt, das Verfahren festzulegen, das bei der kantonalen Rechtsetzung zu beobachten ist. Der so vorgezeichnete Weg muss für die Setzung von Rechtsätzen im eigenen Wirkungskreis der Kantone unbedingt eingehalten werden. Hingegen ist sich die Doktrin darüber nicht einig, ob das Prinzip der organisatorischen Autonomie der Kantone auch für den übertragenen Wirkungskreis unbedingte Geltung beanspruchen kann¹³. Die deutsche Bundesstaatslehre ist der Auffassung, dass für den Erlass des kraft Delegation von seiten des Reiches zu schaffenden Gliedstaatsrechts, die vom Reichsgesetzgeber vorgeschriebenen Formen einzuhalten sind¹⁴. Die gliedstaatlichen Rechtserzeugungsvorschriften

¹⁰ Der Vorschlag von Doehl 91, der Bundesgesetzgeber soll jeweilen mit Hilfe einer besonderen Klausel zu erkennen geben, ob die Gliedstaaten in Ergänzung des Bundesrechts als solche oder als Organe des Bundes tätig zu werden haben, entbehrt daher jeder Berechtigung.

¹¹ Dies gilt auch für den eigenen und den übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden. Vgl. Paul Schwander: Die Rechtsetzung durch die Gemeinden im Kanton Schwyz, Diss. Fribourg 1947, S. 25.

¹² Fleiner/Giacometti 55, 124, Vgl. darüber auch Imboden 55.

¹³ Für eine solche unbedingte Geltung setzt sich ein Blumenstein ZBeJV Bd. 45 S. 248.

¹⁴ Laband II 94 f., Haenel 266, Doehl 107 f., Rosin 68.

können hier darnach nur subsidiäre Geltung beanspruchen, kommen also nur zur Anwendung, wenn das Reich darauf verzichtet, ein besonderes Verfahren vorzuschreiben. In der schweizerischen Bundesstaatsdoktrin herrscht hingegen Einhelligkeit darüber, dass diese bundesrechtlichen Delegationen im Prinzip an die Kantone schlechthin gerichtet sind und die Frage, welchen kantonalen Organen die Ausübung der delegierten Kompetenzen obliegt und damit auch in welcher staatsrechtlichen Form diese Erlasse zu ergehen haben, sich grundsätzlich nach dem kantonalen Staatsrecht beantwortet¹⁵. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht undurchbrochen. Unter gewissen Umständen wird die delegierende Bundesinstanz als berechtigt erklärt, den Kantonen den bei Ausübung der delegierten Rechtsetzungskompetenzen einzuschlagenden Rechtsetzungsweg vorzuschreiben oder ihnen eine Rechtsetzungsform zur Verfügung zu stellen, die zu benutzen sie nach kantonalem Staatsrecht, wenigstens nach vorherrschender Auffassung, nicht befugt wären¹⁶. Die Ansichten darüber, wann eine solche formelle Direktive¹⁷ Platz greifen darf, gehen auseinander¹⁸.

Ganz allgemein lässt sich sagen, dass solche formelle Direktiven an die Kantone stets eine Vereinfachung des Rechtsetzungsverfahrens und damit auch eine Schmälerung der Volksrechte, einen Verstoß gegen das demokratische Prinzip mit sich bringen. Denn in Anbetracht des Umstandes, dass die Kantone direkte Demokratien der Verfassungs- und der einfachen Gesetzgebung wie der Bund und darüber hinaus in gewissem Masse auch direkte Demokratien der Verwaltung sind¹⁹, mit anderen Worten, eine Konzentrierung der Staatsgewalt beim Volk vorsehen²⁰, scheinen in den Kantonen die Mitwirkungsrechte des Volkes in bedeutend weiterem Umfange gewahrt, als dies im Bunde der Fall ist. Einer formellen Normativvorschrift im Bundesrecht, welche die Kantone für den Erlass gewisser

¹⁵ Fleiner/Giacometti 122, Fleiner Bundesstaatsrecht 423, Fleiner Rechtsordnung 14, Sträuli 227, Rüegg 88, Brown 53, Müller 151: „Wesentlich für das Bundesrecht ist nur, dass kantonale Vollziehungsbestimmungen erlassen werden, nicht durch wen.“ Vgl. auch BGE 39 I 93 f., 40 I 429, 41 I 321, 45 I 74, 316 f., 53 I 298. Immerhin ist die Diskrepanz zwischen der deutschen und der schweizerischen Auffassung zum grossen Teil eine nur scheinbare. Dies, weil nach Auffassung der deutschen Bundesstaatslehre die Länder die Ergänzung des Reichsrechts in weitem Masse auf Grund ihrer eigenen verfassungsrechtlichen Zuständigkeit und damit auch in der durch die landesrechtlichen Rechtserzeugungsvorschriften vorgeschriebenen Form vornehmen können. Vgl. hierzu unten § 15 2.

¹⁶ Über die Bedeutung der Klausel „Gesetz oder Verordnung“ Müller 154 und die dortigen Zitate, Droeven 30.

¹⁷ Zu diesem Begriff Sträuli 226.

¹⁸ Die Zulässigkeit wird ohne besondere Begründung bejaht von Fleiner Bundesstaatsrecht 423, Sträuli 227. Der Bund wird aus praktischen oder politischen Gründen zu solchen Vorschriften bestimmt: Fleiner Rechtsordnung 14, Fleiner/Giacometti 122. Vgl. weiter zu dieser Frage Sträuli 218, 222, Niederer 74 f., Verwaltungsentscheide 1935 N. 16.

¹⁹ Giacometti Kantone 419.

²⁰ Giacometti Kantone 275.

Rechtsätze ausdrücklich auf ein formelles Gesetz verweist²¹, kann daher wohl nur deklatorische Bedeutung beigelegt werden²².

Wir wollen im Folgenden versuchen, eine Antwort auf die Frage zu finden, ob und in welchem Bereiche der Bund formelle Direktiven im Sinne der Zurverfügungstellung des Verordnungsweges an die Kantone aufzustellen befugt ist²³.

1. Auf der Hand liegt die Lösung dieses Problems dann, wenn das Bundesrecht nur subsidiäre Geltung beansprucht, den Kantonen also freigestellt ist, einer anderen Regelung den Vorzug zu geben, oder wenn die Vollziehbarkeit des Bundesrechts unter suspensiver Bedingung steht, also die Bundesnormen einen kantonalen Staatsakt als Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit haben, der Erlass dieses Aktes aber ins Belieben der Kantone gestellt ist. In all diesen Fällen beansprucht das Bundesrecht nur bedingte Geltung. Es liegt mit anderen Worten kein ausreichendes bundesstaatliches Interesse an der Aufstellung einer unbedingt geltenden Bundesrechtsnorm, an einer vollständigen Rechtseinheit vor. Es soll dem Gutdünken der Kantone überlassen bleiben, ob sie einer partikularrechtlichen Lösung dieser Fragen den Vorzug geben, oder ob sie ein vom Bundesrecht vorgesehenes Institut überhaupt einführen wollen. Das gleiche gilt immer dann, wenn im Belieben der Kantone steht, das Bundesrecht ergänzendes kantonales Recht zu schaffen. Ob sie rechtsetzend sich betätigen wollen, hängt hier ganz von den Anschauungen und Bedürfnissen der Kantone ab. Vorschriften über den von den Kantonen einzuschlagenden Rechtsetzungsweg würden somit jeder Berechtigung entbehren. Denn eine aus dem Zusammenwirken von Bund und Kantonen sich ergebende Notwendigkeit einer Einschränkung der Befugnisse der kantonalen gesetzgebenden Behörden zugunsten des Verordnungsberechtigten besteht hier nicht²⁴.

2. Wie verhalten sich die Dinge nun dann, wenn das Bundesrecht notwendig einer Ergänzung durch das kantonale Recht bedarf, der Erlass

²¹ Als Beispiele Bürgerrechtsgesetz 5, Bankengesetz 16, ZGB SchlT 57 (nicht mehr in Kraft). Solche Hinweise auf das formelle Gesetz besitzen wohl vor allem referendumpolitische Bedeutung. Ein Verweis auf die „kantonale Gesetzgebung“ kann aber nicht ohne weiteres als Forderung eines formellen Gesetzes aufgefasst werden. Vgl. hierzu auch Sträuli 227, Müller 152, Droeven 29. Gestützt auf die Bundesstaatstheorie von Nawiasky von der Gleichordnung von Bund und Kantonen bezeichnet Droeven 126 solche formelle Normativvorschriften als verfassungsrechtlich unzulässig.

²² Giacometti Kantone 469 weist darauf hin, dass in den Kantonen grundsätzlich alle generell abstrakten Normen, die primäre Rechtsätze enthalten, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt in die Form des dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterliegenden Gesetzes gekleidet werden müssen.

²³ Schon hier sei darauf hingewiesen, dass diese Direktiven in der ordentlichen Gesetzgebung meist den Sinn von Ermächtigungen, nicht aber von Verpflichtungen haben. Müller 155, 158, Sträuli 229, Ronca 36.

²⁴ Hierzu auch Ronca 38, Rüeegg 67 Anm. 2, 89, BGE 45 I 316 f. Vgl. auch Fleiner/Giacometti 124.

gewisser Rechtsätze demgemäss eine bundesrechtliche Pflicht der Kantone darstellt²⁵? Im Gegensatz zu den oben angeführten Fällen des bedingten Bundesrechts, handelt es sich hier meist nicht um die Setzung primärer Normen, sondern lediglich um den Erlass von Organisations- und Verfahrensvorschriften. Während wir es in unseren vorhergehenden Betrachtungen mit Rechtsätzen zu tun hatten, die gleichsam am Rande des bundesstaatlichen Interessenbereiches liegen, handelt es sich hier um kantonale Erlasse, ohne deren Vorhandensein die Durchsetzung der bundesrechtlichen Regelung überhaupt ganz oder teilweise verunmöglicht würde. Können nun auch in diesem Bereiche der bundesrechtlich geforderten kantonalen Vollzugsbestimmungen die kantonalen Vorschriften über das Rechtserzeugungsverfahren unbedingte Geltung beanspruchen? Oder ist hier die Kompetenz des Bundes zum Erlass formeller Direktiven zu bejahen und in welchem Umfange?

a) Bevor wir uns der Beantwortung dieser Frage zuwenden, wollen wir auf eine interessante Erscheinung im Staatsrecht gewisser Kantone hinweisen. Vereinzelte Kantonsverfassungen enthalten nämlich besondere Vorschriften über den Rechtsetzungsweg, der beim Erlass der zur Anwendbarkeit des Bundesrechts notwendigen kantonalen Einführungsbestimmungen einzuhalten ist. Und zwar hat in den Kantonen Uri und Nidwalden²⁶ das Verfahren zur Schaffung von Vollzugsbestimmungen zu Bundesgesetzen die gleiche Regelung erfahren, wie hinsichtlich der Ausführungsvorschriften zu kantonalen Gesetzen²⁷. In beiden Fällen unterstehen in diesen Kantonen die Vollziehungsverordnungen dem fakultativen Referendum²⁸. In den Kantonen Obwalden, Wallis, Graubünden und Baselland²⁹ hingegen ist zum Erlass der zur Durchsetzung des Bundesrechts notwendigen Vollzugsbestimmungen der Grosse Rat (Landrat) allein zuständig; das fakultative Referendum ist für diese Erlasse ausgeschaltet³⁰.

²⁵ Vgl. hierzu auch Droeven 25, 29 f.; über die Verfassungsmässigkeit dieser, den Kantonen auferlegten Pflicht Droeven 117 ff., der eine entsprechende stillschweigende Zuständigkeit des Bundes annimmt. Die Befugnis des Bundes, den Kantonen ein bestimmtes gesetzgeberisches Vorgehen zur Pflicht zu machen, ergibt sich aber auch aus einer ausdrücklichen Bestimmung der BV, nämlich aus Art. 85 Ziff. 8, der dem Bund das Recht der Ersatzvornahme einräumt, sofern ein Kanton den ihm bundesrechtlich auferlegten Pflichten nicht nachkommt. Vgl. hierzu auch Burckhardt Kommentar BV 685. So an anderer Stelle auch Droeven, vgl. S. 26.

²⁶ KV Uri 59 lit. e, KV Nidwalden 57 Ziff. 3, dazu Bigger 62 f.

²⁷ Müller 128.

²⁸ Dazu Müller 295 ff. Ausdrücklich wird dies für VVO zu BG statuiert in KV Nidwalden 49 Abs. 1. Hierzu auch unten Anm. 49.

²⁹ KV Obwalden 31 Abs. 3, KV Wallis 30 Ziff. 3 b, hierzu Weissen 88 f., BGE 71 I 314 E. 6, KV Graubünden 2 Ziff. 4 in Verbindung mit 15 Abs. 3; KV Baselland 18 Ziff. 4 in Verbindung mit 11.

³⁰ Dazu auch Giacometti Kantone 476 N. 6. Eine Initiative auf Abänderung im Sinne von KV Graubünden 3 Abs. 1 Z. 2, Baselland 12 Abs. 1, ist hingegen auch in diesem Bereiche möglich. Abzulehnen ist aber die Zulässigkeit einer Initiative auf Aufhebung, da sonst ja der Vollzug des Bundesrechts suspendiert werden

Eine Sonderstellung nimmt Appenzell A. R. ein, in dessen Verfassung der Kantonsrat nur befugt erklärt wird, „in untergeordneten und dringenden Fällen“³¹ auch Verordnungen zum Vollzug von Bundesgesetzen zu erlassen. In anderen Kantonen lässt sich eine entsprechende Kompetenz der Legislative durch Interpretation der Kantonsverfassung begründen³². So in Appenzell I. R., Schwyz, Glarus, Bern³³, Schaffhausen³⁴. In diesen Kantonen ist, mit Ausnahme von Schwyz, das Referendum gegen diese Vollziehungsverordnungen der Legislative ebenfalls ausgeschaltet³⁵. Eine bundesrechtliche Klausel, welche die Kantone zum Erlass der zur Vollziehung des Bundesgesetzes notwendigen Bestimmungen auf die Möglichkeit der Beschreitung des Verordnungsweges hinweist, hat in all diesen Kantonen somit lediglich deklaratorische Bedeutung; dies wenigstens so weit es sich nicht um den Erlass von Rechtsätzen handelt, die nach kantonalem Staatsrecht in der Form eines formellen Gesetzes erlassen werden müssten.

b) Ist solchen bundesrechtlichen Verweisungen auf den Verordnungsweg³⁶ in den übrigen Kantonen, in denen sich eine entsprechende Zuständigkeit eines kantonalen Organs weder direkt aus einer Verfassungsvorschrift noch durch Interpretation der Verfassung gewinnen lässt, konstitutive Bedeutung beizulegen? Für den Erlass von Vollziehungsverordnungen zu kantonalen Gesetzen besteht in den meisten Kantonen eine ausdrückliche Kompetenz eines Staatsorgans, vielfach des grossen Rates, meist aber des Regierungsrates³⁷. Aber auch in den Kantonen, deren Verfassungen, wie z. B. die zürcherische, keinem Organ diese Zuständigkeit ausdrücklich einräumen, muss gestützt auf die Stellung der Exekutive als oberste vollziehende Behörde³⁸, dieser die Befugnis zum Erlass von

könnte. Für eine Zulassung der Initiative auf Aufhebung auch im Bereich der Vollziehungsverordnungen zum Bundesrecht spricht sich aus Seiler 95, Müller 159 Anm. 145.

³¹ KV 48 Ziff. 4. Dazu Schläpfer 96 f.: nach feststehender Praxis auferlegt sich aber der Kantonsrat beim Erlass von Vollziehungsverordnungen zum Bundesrecht eine solche Beschränkung nicht.

³² Darüber Müller 128 ff. Vgl. auch Sträuli 196.

³³ In diesen Kantonen werden BG aber regelmässig durch Gesetze oder dann durch Verordnungen des Regierungsrates ausgeführt. Müller 131.

³⁴ Im Kanton Zürich hat sich der Grundsatz durchgesetzt, dass die Vollzugsbestimmungen zum Bundesrecht ohne weitere Ermächtigung vom Regierungsrat aufzustellen sind. Rüegg 88, Sträuli 227.

³⁵ In Schwyz unterliegen dem fakultativen Referendum gemäss KV 31 Abs. 1 aber nur die ergänzenden kantonalen Vorschriften, die in Ausfüllung eines ermächtigenden oder kodifikationsbegrenzenden Vorbehaltes ergehen, nicht aber die zur Durchsetzung des Bundesrechts notwendigen Vollzugsvorschriften. Reichlin Verfassung 209.

³⁶ Vgl. z. B. Wasserrechtsgesetz 75, Entschuldungsgesetz 110, Tierseuchengesetz 49, ZGB SchlT 52/2.

³⁷ Giacometti Kantone 497 f., Müller 109 ff., Siegrist 26 ff. 91. Vgl. auch Oswald Gewaltentrennung 484 a.

³⁸ Giacometti Kantone 495, Siegrist 22, 63, Müller 157.

Vollziehungsverordnungen zu kantonalen Gesetzen zugebilligt werden³⁹. Von einer Delegation an den Regierungsrat kann hier somit gar nicht gesprochen werden. Vielmehr handelt es sich lediglich um einen verbindlichen, auf die Betätigung der dem Regierungsrat verfassungsmässig zukommenden Zuständigkeit zum Erlass einer Vollziehungsverordnung gerichteten Hinweis⁴⁰. Es ist nun nicht einzusehen, warum dieses Verfahren, das für das Zustandekommen von Vollziehungsverordnungen zu kantonalen Gesetzen eingehalten wird, nicht auch beim Erlass von kantonalen Vollziehungsverordnungen zum Bundesrecht Geltung haben sollte⁴¹. Der Begriff der Vollziehungsverordnung ist in beiden Fällen derselbe. Dass bei kantonalen Ausführungsvorschriften zum Bundesrecht das Schwergewicht zugunsten der Normen organisatorischer Natur verschoben ist, für eine Weiterentwicklung der bundesrechtlichen Grundsätze hingegen regelmässig kein Raum bleibt⁴², vermag daran nichts zu ändern⁴³. Wir kommen daher zum Ergebnis, dass einer bundesrechtlichen Klausel, die den Kantonen die Beschreitung des Verordnungsweges gestattet, vom kantonalen Staatsrecht aus betrachtet, insoweit nur deklaratorische Bedeutung beigelegt werden kann, als es sich um den Erlass von solchen Normen handelt, für die auch nach dem Verfassungsrecht des betreffenden Kantons die Kompetenz des kantonalen Verordnungsberechtigten gegeben ist.

c) Gelangen wir schon vom kantonalen Staatsrecht ausgehend dazu, einem bundesrechtlichen Verweis auf den Verordnungsweg in weitem Umfange nur deklaratorische Bedeutung beizulegen, so ist eine andere Überlegung in noch grösserem Masse dazu geeignet, diesen bundesrechtlichen Bestimmungen weitgehend jede konstitutive Bedeutung abzusprechen. Wie wir uns erinnern, werden die Kantone in ihrem übertragenen Wirkungskreis als Organe des Bundes tätig⁴⁴. Wenn die Kantone aber als Organe des Bundes an der Erfüllung bundesstaatlicher Aufgaben beteiligt sind, können für den Erlass der für die Durchsetzung des Bundesrechts unentbehrlichen Vorschriften die kantonalen Rechtserzeugungsregeln nicht undurchbrochen zur Anwendung gelangen. Im Bereiche dieser unbedingt

³⁹ Vgl. Müller 114, Siegrist 91; für Zürich Rüegg 61 ff.

⁴⁰ Giacometti Kantone 495. Häufig werden in der Praxis auf Grund einer Delegation aber auch andere Organe in der Vollziehung kantonalen Gesetze rechtsetzend tätig. Giacometti Kantone 497.

⁴¹ So auch Müller 157, vgl. auch 130; für Appenzell I. R. Schläpfer 71. Vgl. auch BGE 41 I 499. Reichel Kommentar ZGB SchlT 52 S. 115.

⁴² Hierzu unten § 16 I 4. Dies trifft natürlich infolge der besonderen Kompetenzverteilung nicht zu für die kantonalen Einführungserlasse zu den im Bereich der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes ergehenden Bundesgesetze.

⁴³ Auf den Umstand, dass solche Vorschriften organisatorischer Natur im Bereich des eigenen Wirkungskreises der Kantone meist schon im Gesetz enthalten sind, weist Müller 136, 158 hin.

⁴⁴ Oben § 14 I Anm. 2. Ausgehend von der Theorie Nawiaschys von der Gleichordnung von Bund und Kantonen und damit von der Staatlichkeit der Kantone gelangt Droeven 124 f. zu einer Ablehnung der Zulässigkeit dieser formellen Normativvorschriften.

erforderlichen kantonalen Bestimmungen kann die Entscheidung der Frage, welche Rechtsätze in Form des formellen Gesetzes gekleidet werden müssen und für welche die Form der Verordnung gewählt werden kann, schlussendlich nur dem Bundesrecht vorbehalten bleiben⁴⁵. Denn die Mitwirkungsrechte des Volkes können sich im Bereiche der Bundeskompetenzen nur nach der Bundesverfassung richten. Das demokratische Prinzip ist daher auch hinsichtlich der von den Kantonen noch zu erlassenden, zur Durchsetzung des Bundesrechts notwendigen Bestimmungen bereits dann genügend gewahrt, wenn in den dem fakultativen Referendum unterliegenden Bundesgesetzen bereits alle von *Bundesverfassungs wegen* in die Form eines formellen Gesetzes zu kleidenden Rechtsätze enthalten sind⁴⁶. Dies unbekümmert darum, ob dadurch auch der in einem bestimmten Kanton geltenden Trennungslinie zwischen Gesetz und Verordnung Genüge geleistet wird. Die gegenteilige Auffassung wäre dazu angetan, die demokratische Idee ad absurdum zu führen. Denn wenn diese bundesrechtlich unerlässlichen kantonalen Vorschriften dem Referendum unterstellt werden, vor der Aktivbürgerschaft aber keine Gnade finden, kann diese Überspitzung der demokratischen Idee dazu führen, dass an Stelle des betreffenden Kantons von der eidgenössischen Aufsichtsbehörde, dem Bundesrat, über den Kopf von Stimmvolk und kantonalem Parlament hinweg — wenn auch nur vorläufig — diese unerlässlichen Bestimmungen in der dem Bunde gut scheinenden Fassung erlassen werden.

Die BV sieht nun in Art. 102 Ziff. 5 ein selbständiges Rechtsverordnungsrecht der Exekutive im Sinne des Erlasses von Vollziehungsverordnungen zu Bundesgesetzen vor. Soweit sich die vom Bundesrecht zu seiner Durchführung von den Kantonen geforderten Vorschriften⁴⁷ im Rahmen des bundesrechtlichen Begriffes der Vollziehungsverordnung bewegen, ist daher auch ohne weiteres die Kompetenz des kantonalen Rechtsverordnungs-

⁴⁵ In diesem Sinne sind wohl auch zu verstehen BGE 41 I 499, 45 I 316 f., 50 I 234 f. Vgl. auch Reichel Kommentar SchlT ZGB 52 S. 116, Brown 54, Niederer 74, 77, Ronca 37, Rüegg 87. Siehe in diesem Zusammenhang auch Baumgartner in Verwaltungskurse Bd. 12 S. 104 f. Zweifelnd BGE 48 I 559. A. A. Droeven 124, Müller 157 f., der den bundesrechtlichen Normativvorschriften immer dann konstitutive Bedeutung beilegt, wenn durch die Rechtsetzung auf dem Verordnungsweg die in einem Kanton herrschende traditionelle Grenzziehung zwischen Gesetz und Verordnung verletzt würde. Zuweilen wird die Zulässigkeit dieser formellen Normativbestimmungen auch bejaht mit der Begründung, dass die Kantone hier in einem Rechtsgebiet tätig werden, in dem der Bundesgesetzgeber ja die Kompetenz zu einer abschliessenden materiellen Regelung selbst besitzen würde. Egger Geltungsbereich 187, Verwaltungsentscheide 1935 N. 16. Dies trifft aber für alles auf einer Delegation von seiten des Bundes beruhende kantonale Recht zu. Richtig muss die Begründung wohl so lauten: Wenn gemäss der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung der Bundesverordnungsberechtigte zum Erlass dieser Rechtsätze befugt wäre, kann auch die Verfassungsmässigkeit einer formellen Normativvorschrift, welche die Kantone zum Erlass dieser Rechtsätze auf den Weg der Verordnung verweist, nicht angezweifelt werden.

⁴⁶ Vgl. hierzu auch Reichel ZSR Bd. 29 S. 692.

⁴⁷ Dazu BGE 50 I 234.

berechtigten als gegeben zu erachten⁴⁸. Im Bereich dieser bundesrechtlich geforderten kantonalen Rechtsätze können daher kantonale Verfassungsbestimmungen, die das Referendum gegen solche Ausführungsverordnungen vorsehen⁴⁹, keinen rechtlichen Bestand haben. Immerhin werden die Kantone von der Möglichkeit, diese notwendigen Bestimmungen auf dem Verordnungswege zu erlassen, nur in beschränktem Umfange Gebrauch machen können. Denn eine Ausscheidung und verschiedene rechtliche Behandlung dieser kantonalen Rechtsätze, je nachdem sie zum Vollzug des Bundesrechts notwendig sind oder nicht, lässt sich in den wenigsten Fällen durchführen, da diese Vorbehaltsarten regelmässig aufs engste miteinander verknüpft sind^{50 51}.

Konstitutive Bedeutung wäre einem bundesrechtlichen Verweis auf den Verordnungsweg nur dann beizulegen, wenn es sich um den Erlass von kantonalen Vorschriften handelt, die zur Durchsetzung des Bundesrechts zwar erforderlich sind, sich aber nicht innerhalb des bundesrechtlichen Begriffes der Vollziehungsverordnung bewegen. Eine solche formelle Normativvorschrift wäre aber zugleich auch verfassungswidrig, denn zu der zulässigen, nur die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen berührenden Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, tritt hier noch ein

⁴⁸ Auch wenn dies die Exekutive sein sollte. A. A. Müller 156. Hierzu Reichel Kommentar SchlT ZGB 52 S. 115 f., Reichel ZSR Bd. 29 S. 692 ff., namentlich S. 694. Vgl. auch die bei Müller 154 Anm. 126 zitierten bundesgerichtlichen Entscheide. Ähnlich auch Blumenstein ZBeJV Bd. 45 S. 246, Niederer 77. Die von Oswald Gewaltentrennung 487 a Anm. 140 angeführte, sich gegen die Kompetenz des kantonalen Rechtsverordnungsberechtigten richtende bundesgerichtliche Judikatur bezieht sich denn auch ausschliesslich auf die Tätigkeit der Kantone im Bereich der fakultativen, also zur Durchsetzung des Bundesrechts nicht notwendigen kantonalen Ergänzungsvorschriften. Zu weit geht hier u. E. Haenel 266, der diese Überlegungen auch für die das subsidiäre Bundesrecht ersetzenden gliedstaatlichen Normen gelten lassen will. Hierzu oben II 1.

⁴⁹ Ausdrücklich vorgesehen in KV NW 49 Abs. 1. Ganz allgemein für VVO vorgesehen in Uri 48 lit. d, Schwyz 31 Abs. 1. Für VVO zu eidgenössischen Gesetzen ausgeschlossen in Obwalden KV 31 Abs. 3, Wallis KV 30 Ziff. 3b, dazu BGE 71 I 315. Diese Verfassungswidrigkeit besteht allerdings nur, soweit es sich um die zur Durchsetzung des Bundesrechts unbedingt erforderlichen Vorschriften handelt. Vgl. hierzu oben Anm. 35. Siehe in diesem Zusammenhang auch Rüegg 67 Anm. 2.

⁵⁰ Egger Geltungsbereich 187, Reichel SchlT ZGB 115 f., Gmür Kommentar SchlT ZGB 52 N. 7.

⁵¹ Aus dem oben Dargelegten ergibt sich, dass eine entsprechende Normativvorschrift des Bundesgesetzgebers kein Ausfluss einer Art Notstandskompetenz, wie Sträuli 229 annimmt, darstellt. Hingegen wird ein Beschreiten des dermassen „zur Verfügung gestellten“ Verordnungsweges von den Kantonen regelmässig als Ausübung einer Art Notstandskompetenz aufgefasst. Dies ergibt sich daraus, dass die Kantone auch in Ergänzung des Bundesrechts stets die nach kantonalem Staatsrecht erforderliche Rechtsatzform einhalten und sich über diese kantonalen Rechtserzeugungsregeln nur in dringenden Fällen hinwegsetzen und dann auch in diesen Fällen die so zustande gekommene Regelung meist nur als ein Provisorium betrachten, das so bald wie möglich in die ordentliche Gesetzgebung übergeführt werden soll. Vgl. hierzu Müller 158, Weissen 91.

Einbruch in das Prinzip der Gewaltentrennung. Eine solche Verlagerung vom formellen Gesetz zur Verordnung muss aber gleich wie unter obersten Staatsorganen⁵², auch im Verhältnis von Bund und Kantonen als verfassungswidrig erachtet werden⁵³.

3. Mitunter begnügt sich ein Bundesrechtsatz nicht damit, die Kantone für den Erlass der zur Durchsetzung des Bundesrechts notwendigen Anordnungen auf den Verordnungsweg hinzuweisen, sondern bestimmt gleich selbst das kantonale Organ, meist den Regierungsrat, von dem diese Rechtsätze auszugehen haben⁵⁴. Diesen formellen Normativvorschriften kann aber nicht der Sinn beigelegt werden, dass nur das bundesrechtlich bezeichnete Organ zum Erlass der geforderten Bestimmungen befugt sein soll⁵⁵. Nichts wird den Gesetzgeber oder das Parlament daran hindern können, wenigstens in gewissem Umfange selbst die nötigen Ausführungsvorschriften zu erlassen^{56 57}.

⁵² Oben § 2 I.

⁵³ So auch Ronca 37: Die Form der Verordnung darf demnach nur gewählt werden, sofern sich die Ausführungsvorschriften intra legem bewegen. Vgl. auch Fleiner/Giacometti 803 f.

⁵⁴ Diese Zuständigkeitsvorschriften sind besonders zahlreich in den Notrechtserlassen des Bundes. Vgl. Fleiner/Giacometti 123, Sträuli 228, Rüegg 87 Anm. 1, Müller 159 f., Droeven 30 f., Reichlin Verfassung 228 f., Zoller: Die Notverordnung und ihre Grundlagen, Diss. Zürich 1928, S. 67 ff. In diesen Fällen ist den bundesrechtlichen Zuständigkeitsbestimmungen zwingender Charakter beizulegen. Beispiele aus der ordentlichen Bundesgesetzgebung, auf die sich unsere Betrachtungen allein beziehen, finden sich bei Müller 160 Anm. 152. Vgl. auch unten Anm. 57.

⁵⁵ A. A. Müller 160 f., Niederer 76, Bigger 64. Ebenso wenig wird der Regierungsrat dadurch zu einem Bundesorgan. Als solches ist vielmehr — wie auch in den anderen Erscheinungsformen der Gesetzesdelegation — der Kanton als solcher zu betrachten. Fleiner/Giacometti 123 zu Anm. 28. A. A. Droeven 126 f., insbesondere auch für die Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft, vgl. 82, 87 f. Indessen stellt sich diese Frage für das schweizerische Staatsrecht in bezug auf die Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft gar nicht, da in diesem Bereiche eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen nicht verfassungsmässig wäre und von der Praxis auch nicht gehandhabt wird. Vgl. oben § 4 II.

⁵⁶ Doch wird u. E. dadurch, dass sich die Legislative selbst der Normierung der betreffenden Angelegenheit bemächtigt, das bundesrechtlich als zuständig erklärte Organ nicht ausgeschaltet. Ein solcher Erlass ist daher des Vorranges gegenüber den Anordnungen der bundesrechtlich zuständigen Behörde entkleidet. Rüegg 87. Vgl. auch Ronca 35 f. Die Dinge verhalten sich hier somit anders als dort, wo das Bundesrecht die Kantone lediglich auf den Verordnungsweg hinweist, die endgültige Wahl des zu beschreitenden Weges aber den Kantonen überlässt. Dies verkennt Müller mit seiner Kritik an den Ausführungen von Rüegg. Vgl. Müller 159 Anm. 148. Auf die gleiche Erscheinung treffen wir übrigens in gewissem Umfange auch im Bereich der anderen, zur Durchsetzung des Bundesrechts unentbehrlichen Vorschriften. Unten § 15 2 Anm. 15.

⁵⁷ Dies trifft namentlich zu für folgende Bestimmungen: Ruhezeitgesetz 27/3, Heimarbeitsgesetz 17/1, Ruhezeitsverordnung 29, Beschäftigungsgesetz 9/3, Mindestalterverordnung 15 2, VVO zum BB über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 10. 12. 1943 Art. 21/1, VVO zum Handels-

In all den Kantonen, in denen der Regierungsrat eine verfassungsmässige Kompetenz zur Schaffung von Vollziehungsverordnungen zu Erlassen der Gesetzesstufe besitzt⁵⁸, ist dem bundesrechtlichen Verweis, wonach eine bestimmte Norm vom Regierungsrat ausgehen kann, auch vom kantonalen Staatsrecht aus betrachtet lediglich deklaratorische Bedeutung beizulegen, insofern es sich um den Erlass von solchen Normen handelt, die auch nach dem betreffenden kantonalen Staatsrecht von der Exekutive ausgehen könnten. In einer Anzahl Kantone ist die Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen zu formellen Gesetzen durch die Verfassung der Legislative zugesprochen worden.

Welche Tragweite ist in diesem Fall einer solchen bundesrechtlichen Direktive einzuräumen? In der neueren Literatur gewinnt die Auffassung immer mehr die Oberhand, dass aus der Einsetzung der Legislative als des zum Erlass von Vollziehungsverordnungen berechtigten Organs, nicht mittels des *argumentum e contrario* auf einen vollständigen Ausschluss der Exekutive von jeder rechtsetzenden Tätigkeit geschlossen werden kann⁵⁹. Es bestehen denn auch in verschiedenen Kantonen Verfassungsnormen, die neben der allgemeinen Befugnis der Legislative zum Erlass von Vollziehungsverordnungen noch eine entsprechende Zuständigkeit der Exekutive vorsehen⁶⁰. Aber auch in den andern Kantonen, in denen eine solche ausdrückliche Verfassungsvorschrift fehlt, kommen nach dieser Anschauung der Exekutive gewisse Verordnungsrechte zu. Es wird dabei davon ausgegangen, dass beim zeitbedingten Anschwellen des Umfanges der Gesetzgebung, die Aufteilung der Rechtsetzungsbefugnisse unter Gesetzgeber und Parlament nicht mehr zu befriedigen vermag. Das Parlament ist bei den heute oft verwickelten Verhältnissen gar nicht mehr immer in der Lage, in seinen eine Gesetzesvorschrift ausführenden Verordnungen die erforderliche Detaillierung selbst abschliessend vorzunehmen⁶¹. Es ergibt sich daher in bezug auf das kantonale Staatsrecht die Notwendigkeit, die klassische Zweiteilung der Normen in primäre und sekundäre durch eine Dreiteilung zu ersetzen⁶². Wie hinsichtlich des Bundesrates wird auch

reisendengesetz 20, Entschuldungsgesetz 23/1, KUVG 25/2, Enteignungsgesetz 95/2, BG über Mass und Gewicht 22/1, Elektrizitätsgesetz 44/2. Andere Vorbehalte hingegen sind für ein Tätigwerden des Parlaments oder gar des Gesetzgebers nicht geeignet. Vgl. z. B. KUVG 22, VVO zum BG betr. die Wahl des Nationalrates vom 8. 7. 1919 Art. 1, 3.

⁵⁸ Oben II 2b.

⁵⁹ Müller 329 ff. A. A. Siegrist 24, 91. Im Sinne unserer Ausführungen auch die Praxis in Appenzell A. R. Schläpfer 97 f. In bezug auf die Aufteilung der Verordnungsgewalt im Kanton Schwyz Reichlin Verfassung 207 ff. und speziell hinsichtlich der VVO zu BG S. 209 f. Vgl. auch unten Anm. 63.

⁶⁰ Müller 330. So KV Obwalden 34 lit. a, 31 Abs. 2, KV Schaffhausen 66 Ziff. 4, 41, Ziff. 5. Für eine entsprechende Verfassungsrevision in Uri, wo der Regierungsrat lediglich kraft einer Delegation von seiten des Landrates zum Erlass von VVO zuständig erklärt wird, tritt Bigger 68 ein. Hinsichtlich der Verhältnisse in Baselland BGE 55 I 112 E 3.

⁶¹ Hierzu Seiler 101, Müller 330 f.

⁶² Seiler 102, Müller 330.

aus der Stellung der kantonalen Exekutiven, als den obersten vollziehenden Organen, auf eine verfassungsmässige Kompetenz zur Schaffung von Vollziehungsverordnungen zu kantonalen Erlassen geschlossen. Dabei wird die Exekutive aber im Prinzip auf die Aufstellung tertiärer Normen, also auf die Ausführung der Vollziehungsverordnungen des Parlamentes beschränkt⁶³. Soweit nun die Rechtsätze, die gemäss der bundesrechtlichen Normativvorschrift vom Regierungsrat ausgehen können, sich im Rahmen solcher tertiärer Normen halten, ist diesen Bestimmungen auch in den Kantonen mit einer generellen Verordnungskompetenz der Legislative nur deklaratorische Bedeutung beizulegen.

Darüber hinaus gelten aber auch hier die Überlegungen, die bei der Frage nach der Bedeutung eines Bundesrechtssatzes angestellt wurden, der die Kantone für den Erlass der zur Durchsetzung des Bundesrechts notwendigen Anordnungen auf den Verordnungsweg hinweist⁶⁴. Da die Kantone auch hier als Organe des Bundes an der Erfüllung bundesstaatlicher Aufgaben beteiligt sind, kann für die Abgrenzung der Zuständigkeit der einzelnen Organe schlussendlich nur das Bundesverfassungsrecht massgebend sein⁶⁵, das, wie festgestellt, in Art. 102 Ziff. 5, ein selbständiges Rechtsverordnungsrecht der Exekutive vorsieht. Eine andere Frage ist allerdings, ob — vom politischen Standpunkt aus betrachtet — solche weitgehende formelle Direktiven ein für unseren Bundesstaat taugliches Mittel zur Erleichterung der Durchführung der Bundesaufgaben durch die

⁶³ Müller 330; es sei denn, das Gesetz enthalte bereits eine so eingehende Regelung des Gegenstandes, dass auf eine detaillierende Verordnung des Parlamentes verzichtet werden kann. Seiler 102, Müller 332. Seiler 100 stellt für die Begründung einer Kompetenz des Kleinen Rates von Graubünden zum Erlass von VVO neben der ausdrücklichen verfassungsmässigen Kompetenz des Grossen Rates die gleichen Überlegungen an wie Müller, kann sich aber nicht zu einer entsprechenden Verfassungsinterpretation entschliessen. Er versucht, diese Praxis auf einen Gewohnheitsrechtssatz zu stützen. Zur Annahme einer Gewohnheitsrechtsbildung contra constitutionem vgl. oben § 2 I Anm. 17. Diese dreifache Abstufung der Rechtsetzung wird auch noch in einer ganzen Anzahl anderer Kantone mit verfassungsmässiger Zuständigkeit der Legislative zum Erlass von VVO praktiziert. Vgl. Giacometti Kantone 498 Anm. 35. Gut wird diese Entwicklung beleuchtet durch die Praxis in Bern, wo die Verfassung eine Kompetenz zum Erlass von VVO ausdrücklich weder der Legislative noch der Exekutive zuspricht. Vgl. Giacometti Kantone 497 Anm. 29. Auf eine solche Dreiteilung der Rechtsetzung im Kanton Schwyz weist Reichlin Verfassung 210 hin: In Ausführung eines Bundesgesetzes werden vielfach sowohl Kantonsrat wie auch Regierungsrat tätig. Und zwar trifft die VVO des Kantonsrates die grundlegenden organisatorischen und materiellrechtlichen Vorschriften, „das Ausführungs-Reglement des Regierungsrates die daraus sich ergebenden Detailbestimmungen“. Häufig wird in der Literatur hier auch mit einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen operiert. Vgl. z. B. für Schwyz Reichlin Verfassung 205, 227 f.; Siegrist 92, Seiler 101, Schläpfer 72 f., 97. Hingegen macht der Regierungsrat von Appenzell I. R. in vielen Fällen ein selbständiges Rechtsverordnungsrecht zum Erlass von Vollzugsbestimmungen geltend; ein Vorgehen, das in der Praxis unbestritten ist. Schläpfer 98.

⁶⁴ Oben II 2 c.

⁶⁵ Vgl. auch Müller 160 Anm. 153.

Kantone darstellen. Denn die das eigentliche Lebenselement unseres Staatswesens ausmachende kantonale Vielgestaltigkeit erfordert, dass der Bund mit seinen Direktiven in so weitem Masse wie immer nur möglich hinter die kantonalen Rechtserzeugungsregeln zurücktritt und nur in wirklich dringenden Fällen sich in das beim Erlass von Ausführungsvorschriften zum Bundesrecht zu beobachtende Verfahren einmischt.

4. In den Fällen, die uns bisher beschäftigt haben, betätigen sich die Kantone immer als Organe des Bundes. Über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser formellen Normativvorschriften kann daher schlussendlich ausschliesslich vom Bundesrecht her entschieden werden. Der Bundesgesetzgeber hat solche formelle Direktiven aber auch in Gebieten erlassen, in denen die Kantone ihre eigene verfassungsrechtliche Zuständigkeit ausüben, die vollständige rechtliche Durchdringung einer Materie zufolge der für unseren Bundesstaat charakteristischen verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung, ein gleichzeitiges Tätigwerden sowohl des zentral- als auch des gliedstaatlichen Gesetzgebers erfordert⁶⁶. So hat die Zuweisung einer Grundsatzgesetzgebungskompetenz an den Bund nur dann einen Sinn, wenn er auch für eine Durchsetzung der von ihm aufgestellten Grundsätze in den Kantonen Vorsorge treffen kann. Demgemäss scheint die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Aufstellung solcher formeller Direktiven als Mittel zum Zweck in der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes enthalten zu sein. Dieser Schlussfolgerung steht aber die Tatsache entgegen, dass namentlich die Obergerichtsmaterien einen wichtigen Bestandteil des den Kantonen verbliebenen Zuständigkeitsbereiches bilden. Die ihnen obliegende Ausführung der bundesrechtlichen Grundsätze kann keinesfalls als Erlass von Vollziehungsverordnungen im eigentlichen Sinne betrachtet werden. Denn neben der Setzung von sekundären Normen obliegt den Kantonen hier in weitem Masse auch die Schaffung von Rechtsätzen primärer Natur. Eine Zurverfügungstellung des Verordnungsweges oder gar die Bezeichnung des zum Erlass bestimmter Rechtsätze zuständigen Organs stellt daher einen Einbruch in das demokratische und das liberale Prinzip unseres Bundesstaates und eine Verletzung der hier unbedingte Geltung beanspruchenden kantonalen Rechtserzeugungsregeln dar. Dies wenigstens insoweit, als diesen bundesrechtlichen Vorschriften keine deklaratorische Bedeutung mehr eingeräumt werden kann, also die Beschreitung des Verordnungsweges oder die Zuständigkeit des bundesrechtlich bezeichneten Organs sich nicht schon auf Grund der Kantonsverfassung ergibt. Formellen bundesrechtlichen Normativvorschriften kann in diesem Bereiche somit lediglich die Bedeutung von Ermächtigungen zum Erlass von nur provisorische Geltung beanspruchenden Notverordnungen beigelegt werden, für den Fall, dass auf dem durch die Kantonsverfassung vorgezeichneten Rechtserzeugungsweg der rechtzeitige Erlass der zur Durchsetzung der bundesrechtlichen Grundsätze erforder-

⁶⁶ Vgl. auch oben § 6 II.

lichen Vorschriften sich als unmöglich erweisen sollte. Solche provisorische Erlasse sind dann aber so bald wie möglich in die dem kantonalen Staatsrecht entsprechende Form überzuführen⁶⁷.

§ 15. Die derogatorische Kraft des von den Kantonen kraft bundesrechtlicher Delegation gesetzten Rechts.

1. In der deutschen Literatur ist die Ansicht von der zweifachen Natur der von den Gliedstaaten in ihrem übertragenen Wirkungskreis, kraft Delegation durch das Bundesrecht, erlassenen Normen vorherrschend. Die auf dem Boden der Sanktionstheorie¹ stehende deutsche Doktrin betrachtet die Rechtsätze als Gliedstaatsrecht im formellen Sinne, da ihre Sanktion von der Gliedstaatsgewalt ausgehe². Materiell hingegen werden von der deutschen Lehre diese formell gliedstaatlichen Normen als Bundesrecht aufgefasst, da sie auf einer Delegation von seiten des Zentralstaates beruhen³. In der schweizerischen Doktrin vermochte diese dualistische Auffassung nie Fuss zu fassen. Theorie und Praxis sind sich bei uns darüber einig, dass die Frage nach der Qualifikation eines Rechtsatzes als Bundesrecht oder kantonales Recht nur von einem formellen Gesichtspunkt aus beantwortet werden kann⁴. Bundesrecht sind demnach die von den Behörden des Bundes, kantonales Recht die von den kantonalen Behörden gesetzten Normen⁵. Dies ist auch die einzige Theorie, die den bei uns tief verwurzelten politischen Anschauungen gerecht zu werden vermag⁶.

Die Qualifikation einer Norm als Bundesrecht oder kantonales Recht hat aber nicht nur politische Bedeutung. Ob eine Norm zentral- oder gliedstaatliches Recht darstellt, kann praktische Folgen haben hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Rechtsmittel und — was uns hier inter-

⁶⁷ Für den Fall, dass die ergänzenden kantonalen Anordnungen auf der eigenen Zuständigkeit der Kantone beruhen, können wir uns den von Müller 158 gemachten Ausführungen somit anschliessen. Die in BGE 53 I 298 gegebene Charakterisierung der den Kantonen verbleibenden Rechtsetzungskompetenz im Bereiche der Oberaufsichtsmaterien ist nach unseren vorhergehenden Ausführungen somit nicht zutreffend.

¹ Über diese Theorie Laband II 5. Vgl. Kritik bei Imboden 75.

² Laband II 94.

³ Laband II 94, ähnlich Lukas 47, Rosin 70 f., Doehl 86, Thoma Handbuch II 248. Vgl. auch Kelsen Staatsrechtslehrertagung 58. A. A. Triepel Delegation 42.

⁴ Imboden 74 f., und die dort zitierte Literatur. Fleiner/Giacometti 122, Giacometti Verfassungsgerichtsbarkeit 104 f., Fleiner Bundesstaatsrecht 415, 423. In diesem Sinne auch BGE 42 II 450. Vgl. auch Lukas 48, Nawiasky Staatsrechtslehrertagung 59 f. Schwankend BGE 39 II 612.

⁵ Imboden 74. Über diese Frage auch Müller 141.

⁶ Auf die auftauchenden Schwierigkeiten in der Qualifikation eines Rechtsatzes als Bundes- oder als kantonales Recht weist Imboden 75 ff. hin. Die Benennung ist in jenen Grenzfällen nach Imboden 77 f. eine rein konventionelle, also politischen Vorstellungen entspringende.

essiert — in bezug auf die den betreffenden Normen innewohnende derogatorische Kraft⁷. Doch ist die Frage nach der derogatorischen Kraft einer Norm nicht schlechthin identisch mit derjenigen nach ihrer Qualifikation als zentralstaatliches oder kantonales Recht⁸. Diese Unterscheidung bezeichnet vielmehr „nur approximativ, welche Rechtsätze derogieren und welche nachgiebig sind“⁹.

2. Mit der Frage nach der Zurechnung des von den Kantonen kraft Delegation von seiten des Bundes gesetzten Rechts, ist somit diejenige nach der derogatorischen Kraft dieser Normen noch nicht entschieden. Die schweizerische Doktrin und Praxis hat indessen diese Probleme nicht immer genügend auseinander gehalten und gelangte daher überwiegend zur Ablehnung einer erhöhten derogatorischen Kraft der kantonalen, auf Grund einer bundesrechtlichen Delegation ergehenden Rechtsätze gegenüber den im Rang höher stehenden kantonalen Erlassen¹⁰. Diese Stellungnahme bedarf einer neuen Überprüfung.

Innerhalb der konstitutiven Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts lassen sich zwei fundamentale Arten unterscheiden: die obligatorischen Vorbehalte, welche die Kantone verpflichten, in einer vom Bundesrecht vorgezeichneten Weise tätig zu werden und die fakultativen Vorbehalte, die den Kantonen freistellen, ob sie gewisse Rechtsätze erlassen wollen. Die Normen, zu deren Erlass die Kantone verpflichtet sind, treten in ein besonders enges Verhältnis zum Bundesrecht. Von ihrem Erlass hängt ab, ob eine Durchsetzung der Bundesrechtsätze überhaupt ermöglicht wird. Aus diesem Bedingtein der Vollziehbarkeit der zentralstaatlichen Normen durch die betreffenden gliedstaatlichen Vollzugsbestimmungen muss naturgemäss auch eine besonders enge Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Bund und Kantonen folgen¹¹. Seinen Ausdruck findet dieses spezifische Verhältnis im Aufsichtsrecht des Bundes. Im eigenen Wirkungskreis der Kantone ist der Bund auf eine negative Aufsichtstätigkeit beschränkt. Er hat nur darüber zu wachen, dass das kantonale Recht nichts der Bundesverfassung und dem übrigen Bundesrecht Zuwiderlaufendes enthält. Das gleiche lässt sich im Prinzip von der Aufsicht hinsichtlich der Normen im übertragenen Wirkungskreis sagen, deren Erlass vom Bundesrecht nur ermöglicht, nicht aber gefordert wird. Eine bedeutend intensivere Ausgestaltung hat das Aufsichtsrecht des Bundes aber im Hinblick auf die kantonalen Rechtsätze erfahren, deren Erlass vom Bundesrecht im Interesse seiner Durchsetzung geboten wird. In diesem Bereiche steht dem Bund nicht nur eine Kontrolle der kantonalen Erlasse in bezug auf ihre Bundesrechtmässigkeit zu. Soweit solche unbedingt erforderliche kantonale Anordnungen im Spiele stehen, muss dem Bund vielmehr auch eine gewisse Ermessenskontrolle zugebilligt werden. Darüber hinaus ist der

⁷ Imboden 77.

⁸ Imboden 78.

⁹ Imboden 79 f., Müller 142 f.

¹⁰ Imboden 79 f., Müller 142 f.

¹¹ A. A. Sträuli 201.

Bund gemäss Art. 85 Ziff. 8 und Art. 102 Ziff. 2 BV bei Säumigkeit eines Kantons im Erlass dieser unentbehrlichen Vorschriften befugt, diese Normen vorläufig an Stelle des renitenten Kantons zu erlassen¹². Da der Bundesrat in diesem Fall partikulares Bundesrecht setzt, können seine Anordnungen wenn nötig auch dem kantonalen Recht der Gesetzes- und Verfassungsstufe derogieren. Diese weitgehenden Aufsichts- und Exekutionsrechte des Bundes sind ein Ausfluss der Tatsache, dass die Kantone hier als Organe des Bundes die Konkretisierung des Bundesrechts zu ermöglichen haben. Soweit es sich aber um den Erlass solcher, dem Vollzug des Bundesrechts dienender kantonalen Rechtsätze handelt, darf nicht vom Gesetzes- oder Verfassungsrecht der Kantone abhängen, ob eine zweckentsprechende kantonale Norm überhaupt erlassen werden kann. Diese unerlässlichen Anordnungen können daher ihre Schranken nicht im kantonalen Gesetzes- und Verfassungsrecht, sondern nur im Bundesrecht finden. Den entgegenstehenden kantonalen Normen ist bereits durch die einer entsprechenden kantonalen Regelung rufenden Bundesrechtsätze derogiert worden¹³. Ihre Grundlage besitzt diese erhöhte, den gliedstaatlichen Erlassen im Normalfall nicht innewohnende Kraft bereits in der Delegationsnorm. Das kantonale Gesetzes- und Verfassungsrecht kann somit der Erfüllung von Bundesaufgaben nicht hindernd im Wege stehen¹⁴. Eine andere Auffassung scheint uns schwerlich haltbar zu sein in Anbetracht des Umstandes, dass gegebenenfalls die Schranken des kantonalen Gesetzes- und Verfassungsrechts mit Hilfe der legislativen Ersatzvornahme ohnehin umgangen werden könnten^{15 16}.

¹² Hierzu oben § 11 I 2 a.

¹³ BGE 12 I 466, Sträuli 200. Offen gelassen in BGE 29 I 162. Das bedeutet natürlich nicht, dass diese entgegenstehenden kantonalen Vorschriften schon durch die bundesrechtliche Delegationsnorm beseitigt worden sind. Vgl. Rosin 70 f.

¹⁴ Müller 158: die in Ausübung einer formellen Normativvorschrift des Bundes ergehenden kantonalen Verordnungen haben gesetzesderogatorische Kraft. Nach Weissen 86 besitzen im Kanton Wallis alle VVO zu Bundesgesetzen den kantonalen Gesetzen gegenüber derogatorische Wirkung. Eine verfassungsderogatorische Kraft wird von Weissen hingegen ohne Begründung abgelehnt. Auch für eine verfassungsderogatorische Kraft dieser gliedstaatlichen VVO setzt sich Fleiner Rechtsordnung 16 ein. Gegen jede erhöhte derogatorische Kraft dieser Normen Brown 54.

¹⁵ Die bundesgerichtliche Praxis ist in der Frage nach der derogatorischen Kraft dieser kantonalen Normen schwankend. Vgl. oben Anm. 13. Weiter BGE 39 I 94: derogatorische Kraft gegenüber dem höherstufigen kantonalen Recht abgelehnt; BGE 41 I 321: gesetzesderogatorische Kraft von kantonalen VVO zum Bundesrecht bejaht. Ebenso 50 I 234 f., 53 I 299. Mit der Bejahung dieser erhöhten derogatorischen Wirkung will natürlich nicht gesagt sein, dass, wenn ein Kanton die zur Einführung des Bundesrechts notwendigen Bestimmungen auf dem Gesetzesweg erlassen hat, diese Vorschriften jederzeit wieder durch eine Verordnung abgeändert werden können.

¹⁶ Müller 143 weist darauf hin, dass die KV von Graubünden 15 Abs. 3 in Verbindung mit 2 Ziff. 4 und diejenige von Wallis 30 Ziff. 3 lit. b den VVO zu Bundesrecht gesetzesderogatorische Kraft erteilen. Eine beschränkte verfassungsderogatorische Kraft wird diesen bundesrechtlich geforderten Vorschriften durch

Wenn wir das so gewonnene Ergebnis mit der in der deutschen Bundesstaatsdoktrin herrschenden Ansicht vergleichen, sehen wir, dass jene These von unserer schweizerischen Auffassung schlussendlich gar nicht so grundsätzlich verschieden ist, wie gemeinhin angenommen wird. In dieser Anschauung werden wir noch bestärkt, wenn wir uns mit der deutschen Lehre in dieser Hinsicht eingehender auseinandersetzen. Von Bedeutung ist dabei der Umstand, dass jene Bundesstaatsdoktrin in der Annahme von Delegationen vom Bundesstaat an die Gliedstaaten bedeutend zurückhaltender ist als die unsrige. Während nach der von uns vertretenen Auffassung die in einem Bundeserlass vorbehaltenen gliedstaatlichen Normen mit dem Inkrafttreten der bundesrechtlichen Regelung ihren Geltungsgrund wechseln¹⁷, beruht nach der deutschen Doktrin die landesrechtliche Ergänzung der Bundesgesetzgebung ausschliesslich auf der verfassungsmässigen Zuständigkeit der Länder¹⁸, soweit in diesen Vorbehalten nicht den Landesregierungen ein Verordnungsrecht zugesprochen wird, das ihnen auf Grund der landesrechtlichen Zuständigkeitsordnung nicht zukäme¹⁹. Und zwar bezieht sich dieses besondere Verordnungsrecht der Landesregierungen ausschliesslich auf den Erlass der zur Ergänzung der bundesrechtlichen Regelung notwendigen landesrechtlichen Anordnungen²⁰. Eine Delegation liegt nach dieser Auffassung also lediglich in diesem letzteren Fall vor. Wenn nun eine dualistische Auffassung hinsichtlich des von den Gliedstaaten erlassenen Rechts vertreten wird, so allein in bezug auf die kraft einer Delegation erlassenen Gliedstaatsnormen, also hinsichtlich der partikularistischen Rechtsätze, die eine Konkretisierung der bundesrechtlichen Normen zu ermöglichen haben. Was will diese Auffassung nun aber damit zum Ausdruck bringen, dass sie diese gliedstaatlichen Normen als „materielles Reichsrecht“ bezeichnet? Damit soll nicht gesagt werden, dass diesen Gliedstaatsnormen die gleiche Behandlung, der gleiche Rechtsschutz ge-

die KV von Schwyz 101 lit. a eingeräumt. Darüber Reichlin Verfassung 202. Müller 143 betrachtet diese schwyzerischen Bestimmungen als ein Beweis dafür, dass mangels einer solchen Vorschrift diesen in Ausführung des Bundesrechts ergehenden kantonalen Erlassen keine verfassungsderogatorische Kraft zuerkannt werden kann. Mit gleichem Recht liesse sich aber die Verfassungsbestimmung von Schwyz, sowie die oben zitierten Normen von Graubünden und Wallis, als Ausdruck einer auch in den Kantonen verbreiteten Ansicht von der erhöhten derogatorischen Kraft dieser bundesrechtlich geforderten kantonalen Rechtsätze auffassen.

¹⁷ Hierzu oben § 3 I. Dies gilt natürlich nicht für die kodifikationsbegrenzenden Vorbehalte.

¹⁸ Es wird also angenommen, dass die bundesrechtliche Regelung keine vollständige sei, die ursprüngliche gliedstaatliche Kompetenz im Umfang der bundesrechtlichen Vorbehalte also weiter bestehe. Hierzu oben § 3 I die Kritik an den Ausführungen von Droeven. Bezeichnend in diesem Zusammenhang auch Staudinger Kommentar EG BGB S. 88 N. 4: „Endlich fallen nicht unter die Kodifikation die privatrechtlichen Vorschriften, hinsichtlich deren zugunsten der Landesgesetzgebung in diesem Gesetz ein Vorbehalt gemacht ist.“

¹⁹ Oben § 14 Anm. 3.

²⁰ Laband II 94.

währt werden will wie den vom Zentralstaat selbst erlassenen Normen²¹. Dass diese landesrechtlichen Normen als „materielles Reichsrecht“ betrachtet werden, kann somit nichts anderes sein, als der Ausdruck einer besonders engen Verknüpfung dieses Gliedstaatsrechts mit dem seinen Erlass fordernden Bundesrecht und dient letztlich einzig zur Begründung der auch von uns anerkannten derogatorischen Kraft dieser Gliedstaatserlasse gegenüber den andern, auch höherstufigen landesrechtlichen Normen^{22 23}.

Diese bundesrechtlich geforderten gliedstaatlichen Normen als „materielles Reichsrecht“ zu kennzeichnen, entbehrt unseres Erachtens jeder Berechtigung. Dies in Würdigung des Umstandes, dass schlussendlich jede gliedstaatliche Norm ihren Geltungsgrund in der Bundesverfassung besitzt.

§ 16. Der Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone und das Problem der Delegation.

I. Ein allgemeiner Grundsatz, entsprechend dem Art. 14 der Weimarer Reichsverfassung, der den Vollzug der Reichsgesetze in die Hand der Landesbehörden legte, sofern ein Reichsgesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmte, ist im schweizerischen Verfassungsrecht nicht bekannt. Unsere Bundesverfassung hat in dieser Hinsicht nur in Ausnahmefällen selbst eine endgültige Kompetenzausscheidung getroffen¹. Und zwar hat sie die Vollziehung bestimmter Bundesgesetze ausdrücklich in die Hand des Bundes gelegt oder sie dann den Kantonen vorbehalten². In andern Fällen beschränkt sich die Bundesverfassung darauf, den Kantonen eine Mit-

²¹ Lukas 48: Landesrecht im Sinne der Weimarer Reichsverfassung ist alles von den Ländern durch ihre Organe gesetzte Recht.

²² Vgl. hierzu Laband II 94, Rosin 70 f., Thoma Handbuch II 248, Thoma „Der Polizeibefehl im badischen Recht“, Tübingen 1906, S. 316. So auch Fleiner Rechtsordnung 14. Dies ist wohl auch die Ansicht von Weissen 90, der entsprechend der deutschen Lehre die kantonalen VVO zu Bundesrecht als materielles Bundesrecht bezeichnet. So auch Vetter 24.

²³ Dieses Problem wird von Sträuli 202 verkannt, wenn er ausführt, dass die von der Laband'schen Theorie angestrebte derogatorische Kraft dieser gliedstaatlichen Rechtsätze sich schon ohnehin aus der Tatsache ergebe, dass diese Anordnungen in bezug auf das übrige Gliedstaatsrecht stets als *lex posterior* oder als *lex specialis* erscheinen. Damit ist das Problem nicht gelöst. Denn hier geht es um die Frage, ob ein kantonaler Rechtsatz niederer Erzeugungsstufe imstande ist, kantonale Normen der Gesetzes- und Verfassungsstufe zu brechen.

¹ Vgl. hierzu Fleiner/Giacometti 103 f., Fleiner Bundesstaatsrecht 47 f., Burckhardt Kommentar BV 15 f., Sträuli 24 ff., 158, Haenel 230 f.

² Sträuli 24 Anm. 20, Eichholzer in Verwaltungskurse Bd. 9 S. 119 f.; über die Motive, die zu dieser Verteilung der Vollzugskompetenzen geführt haben, Burckhardt Kommentar BV 15 f. Vgl. auch bei Salis V 2196 ein Beispiel über die Heranziehung privater Vereinigungen zur Erfüllung von Bundesaufgaben. So auch in der VVO zum BG vom 7. 7. 1932 über die Getreideversorgung des Landes vom 4. 7. 1933, z. B. Art. 6. Ähnlich verhält es sich mit der Ausübung der Bahnpolizei, soweit die Bahnen noch von privaten Gesellschaften betrieben werden. Burckhardt Kommentar BV 194.

wirkung am Vollzuge der zu erlassenden Bundesgesetze zu garantieren, überlässt es aber der Bundesgesetzgebung, das Ausmass dieser kantonalen Mitwirkung und damit auch die Aufteilung der Vollziehungsbefugnisse zwischen Bund und Kantonen zu bestimmen³. In bezug auf die weitaus meisten Kompetenzen des Bundes hat sich die Bundesverfassung aber über die Frage ausgesprochen, wem der Vollzug der entsprechenden Bundesgesetze obliegen soll. Hier ist Sache des Bundesgesetzgebers, eine entsprechende Regelung zu treffen⁴. Aber auch von seiten des Bundesgesetzgebers lässt sich ein einheitliches Vorgehen nicht finden. Bald überträgt er den Vollzug eines Bundesgesetzes schlechthin den Kantonen und beschränkt den Zentralstaat auf die Ausübung der blossen Oberaufsicht, bald nimmt er eine Unterteilung der Vollzugskompetenzen zwischen Bund und Kantonen vor⁵. Daneben besteht aber auch noch die dritte Möglichkeit, dass der Bundesgesetzgeber den Vollzug des Bundesrechts ausschliesslich zentralstaatlichen Behörden überbindet. Diese letztere Variante bildet aber in der ordentlichen Bundesgesetzgebung die Ausnahme.

Häufig überträgt der Bundesgesetzgeber den Kantonen mit dem Vollzug auch weitgehende Befugnisse zum Erlass von Vollzugsvorschriften⁶. In anderen Fällen bleiben die Kantone auf den Erlass organisatorischer Normen beschränkt, ja vereinzelt engt der Bundesgesetzgeber durch den Erlass weitgehender Normativvorschriften sie auch in diesem Bereiche in ihrer Freiheit noch weitgehend ein. Die bundesstaatliche Struktur unseres Landes erheischt aber — und dieses Postulat hat mit zunehmender Ausdehnung des Kompetenzbereiches des Bundes auf Kosten der Kantone an Bedeutung immer mehr gewonnen —, dass der Vollzug der Bundesgesetze und der Erlass von Vollziehungsvorschriften den Kantonen vorbehalten bleibt, sofern und soweit sich dies mit der innern Natur der Materie und mit den Absichten des Verfassungsgesetzgebers vereinbaren lässt, ansonst der Bund Gefahr laufen würde, vollends in ein zentralistisches, einheitsstaatliches Fahrwasser zu geraten⁷. Der Bundesgesetzgeber wird dieser Forderung denn auch weitgehend gerecht.

1. Der Vollzug der Bundesgesetzgebung wird den Kantonen schlechthin überbunden. Die Kantone als solche, nicht aber die einzelnen kantonalen Beamten treten unmittelbar als Vollzugsorgane des Bundes auf. Die mit

³ BV 20, dazu Burckhardt Kommentar BV S. 151; BV 21/2, dazu Burckhardt Kommentar BV S. 152; weiter BV 32/2, 34quater/3, 34quinquies/5. Bisweilen wird die Heranziehung der Kantone auch in der Bundesgesetzgebung postuliert, die Ausführung dieses Grundsatzes aber der bundesrätlichen Verordnung überlassen. Vgl. z. B. BG über die Stempelabgaben vom 4. 10. 1917 Art. 5/2.

⁴ Fleiner/Giacometti 105 f., Fleiner Bundesstaatsrecht 47 f.

⁵ Vgl. z. B. Fabrikgesetz, VVO zum Beschäftigungsgesetz 5, Lotteriegesetz 29 ff., 42, BG betr. Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen vom 22. 3. 1888, BG betr. das Absinthverbot vom 5. 10. 1910 Art. 4.

⁶ Darüber auch Droeven 64.

⁷ Über die Bedeutung des kantonalen Vollzuges der Bundesgesetze als ein Mittel der Mitbestimmung der Kantone im Bund: Nawiasky „Das föderalistische Problem“ in Verwaltungskurse Bd. 9 S. 19.

der Anwendung des Bundesrechts betrauten kantonalen Amtsstellen verbleiben daher innerhalb der kantonalen Behördenorganisation, die ihre hierarchische Spitze in der kantonalen Exekutive findet⁸. Diese ist für eine einheitliche Rechtsanwendung auf dem ganzen Kantonsgebiet verantwortlich und muss daher befugt sein, auch ohne bundesrechtliche Ermächtigung den untergeordneten Behörden entsprechende Weisungen in der Form von Verwaltungsvorschriften zu erteilen⁹. Aufgabe des Bundesrates¹⁰ hingegen ist, für eine gleichförmige Anwendung des Bundesrechts in den verschiedenen Kantonen zu sorgen. Zu diesem Behufe steht auch ihm ein allgemeines Recht zum Erlass von Verwaltungsverordnungen zu, mit der Einschränkung allerdings, dass sich seine, in der Form von Kreisschreiben ergehenden Verwaltungsvorschriften, regelmässig an die Kantone als solche, also an die oberste kantonale Vollzugsbehörde richten, deren Aufgabe dann ist, für die Befolgung dieser Vorschriften im kantonalen Vollzuge zu sorgen¹¹.

2. Ist der Vollzug der Bundesgesetzgebung von Verfassungen wegen Sache der Kantone, besitzen sie auch einen Anspruch auf die Schaffung der zur Durchsetzung des Bundesrechts notwendigen Behörden und zum Erlass der erforderlichen Verfahrensvorschriften¹². Wenngleich man diesen Normen formeller Natur vom Gesetz aus betrachtet bereits eine exekutorische Funktion zuschreiben kann¹³, stellen sie doch noch Rechtsätze im eigentlichen Sinne dar¹⁴ und bilden daher, gleich wie die materielle Ordnung,

⁸ Hierüber auch Fleiner/Giacometti 125 f., Fleiner Bundesstaatsrecht 462; vgl. auch Lukas 32.

⁹ Diese Befugnis der Kantonsregierungen, bzw. der obersten kantonalen Aufsichtsbehörden, wird in der Literatur allgemein bejaht. Fleiner/Giacometti 126, 772, Fleiner Bundesstaatsrecht 412, Guhl 96 f., Sträuli 192. Zur Streitfrage, ob Verwaltungsvorschriften auch Rechtsätze darstellen, wollen wir im Rahmen dieser Arbeit nicht Stellung nehmen. Vgl. dazu Fleiner/Giacometti 740 f., 772 f., der die Verwaltungsvorschriften zu den Rechtsätzen im weiteren Sinne zählt. Dazu auch Giacometti Gesetzesdelegation 76. Gegen die Rechtsatzqualität der Verwaltungsverordnungen Fleiner Institutionen 62, Roth 86 ff., wo sich auch weitere Literaturangaben befinden. Für die Rechtsatzqualität treten ein Marti „Das Verordnungsrecht des Bundesrates“, Zürich 1944, S. 53, Kelsen Staatslehre 237 f., Christ 5 f., Kuhne, F.: „Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane“, Diss. Zürich 1941, S. 5 f.

¹⁰ Oder des Bundesgerichtes, wie z. B. im Bereich des SchKG. Vgl. SchKG 15.

¹¹ Hierüber ausführlich H. Gstrein „Das Kreisschreiben als Mittel der Bundesaufsicht“, Diss. Zürich 1948. Vgl. auch Fleiner/Giacometti 130 ff., Sträuli 192, Guhl 99, Salis V 2190. Vgl. auch Kelsen Bundesexekution 143 Anm. 1.

¹² Vgl. oben § 11 I.

¹³ Giacometti Delegation 105, Kantone 495, Reichlin Verfassung 207. In diesem Sinne auch Burckhardt Kompetenzausscheidung 319, Erni 156. Siehe auch Kelsen Staatslehre 209.

¹⁴ Giacometti Rechtsverordnungsrecht 382, Fleiner Institutionen 63 Anm. 44, S. 72. Die Rechtssatzqualität dieser organisatorischen Normen wird weiter bejaht von Volkart 11 ff., Bütikofer 51 f. Fleiner/Giacometti 740 sprechen von Rechtsätzen im weiteren Sinne. Zweifelnd Siegrist 13. Über den modernen Rechtsatzbegriff Giacometti Gesetzesdelegation 75.

den möglichen Inhalt der in Ausübung einer verfassungsmässigen Kompetenz des Bundes ergehenden Gesetzgebung. Der Anspruch der Kantone auf Erlass dieser organisatorischen Normen kann daher kein verfassungsmässiger sein¹⁵. Der Bundesgesetzgeber muss vielmehr als berechtigt gelten, über die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vollzugsbehörden, über das von diesen zu beobachtende Verfahren usw., zu legislieren. Der verfassungsmässige Anspruch der Kantone erstreckt sich daher lediglich auf die Setzung der Bedingung für die Anwendbarkeit dieser Bundesrechtsätze, also auf die formelle Einsetzung der bundesrechtlich geforderten Behörde.

Eine nur die Vollziehungskompetenz der Kantone feststellende verfassungsrechtliche Klausel hat daher nicht die gleiche rechtliche Tragweite wie eine den Kantonen gewisse formelle Rechtsetzungsbefugnisse vorbehaltende Verfassungsnorm¹⁶. Die Überlassung der Ausgestaltung der formell-rechtlichen Ordnung an die Kantone stellt somit lediglich ein bundesstaatliches Postulat dar¹⁷, dessen Verwirklichung ganz dem Gutdünken des Bundesgesetzgebers anheimgestellt bleibt. In den weitaus meisten Fällen ist der Bundesgesetzgeber dieser Forderung nachgekommen und hat die Schaffung der formellen Vorschriften den Kantonen übertragen. Da aber die Verwirklichung des materiellen Rechts oft weitgehend von der Ausgestaltung der Vorschriften formeller Natur abhängig ist, kann der Bundesgesetzgeber die Schaffung dieser formellen Ordnung nicht schlechthin den Kantonen überlassen. Er wird sich daher stets genötigt sehen, soweit es die einheitliche Durchsetzung des Bundesrechts erfordert, den Kantonen in materiellen Normativbestimmungen die Grundzüge der von ihnen zu erlassenden formell-rechtlichen Vorschriften vorzuzeichnen¹⁸. Je nach der Bedeutung dieser organisatorischen Bestimmungen für die Durchsetzung des materiellen Rechts, wird der Bundesgesetzgeber von der Aufstellung solcher Normativvorschriften Abstand nehmen¹⁹, sie in einem ganz beschränkten Rahmen halten²⁰ oder damit weitgehend in die zu treffende kantonale Regelung eingreifen²¹.

3. Schliesst die Klausel, welche die Untersuchung und Beurteilung der in einem Bundeserlass mit Strafe bedrohten Handlungen den Kantonen überlässt, genauer gesagt, die darin enthaltene Kompetenz der Kantone zur Organisation der Gerichte und des Verfahrens, eine Delegation von

¹⁵ Fleiner/Giacometti 116. A. A. Sträuli 193 f., Erni 156. Vgl. auch Nawiasky Bundesstaat 61, Müller 145 f.

¹⁶ Wie z. B. BV 64/3 und 64 bis/2.

¹⁷ Oben § 11 I.

¹⁸ Fleiner/Giacometti 126.

¹⁹ Dies ist z. B. überall dort der Fall, wo sich das Bundesrecht darauf beschränkt, auf die „zuständige Behörde“ zu verweisen. Vgl. oben § 11 II 1 b zu Anm. 33. Das gleiche gilt, wenn das Bundesgesetz sich damit begnügt, zu bestimmen, dass ein Verfahren durch die Kantone zu ordnen ist. Vgl. oben § 11 II 1 b.

²⁰ Oben § 11 II 1 b.

²¹ Oben § 11 II 1 c.

Rechtsetzungsbefugnissen in sich? Es lässt sich im schweizerischen Bundesstaatsrecht keine ausdrücklich formulierte Vorschrift finden, wonach der gerichtliche Vollzug der Bundesgesetze generell Sache der Kantone ist. Hingegen ergibt sich dies — unter Vorbehalt des richterlichen Vollzuges der Bundesverwaltungsgesetze und des Militärstrafrechts²² — indirekt aus den Art. 110 bis 113 BV, welche die Zuständigkeiten des Bundesgerichtes abschliessend aufzählen. Eine potentielle Erweiterung der Bundeskompetenzen auf dem Gebiete der Rechtsprechung bringt immerhin Art. 114 BV mit sich. Auf Grund dieses Artikels können durch die Bundesgesetzgebung dem Bundesgericht weitere Rechtsprechungsbefugnisse übertragen werden, namentlich soweit dies zu einer gleichförmigen Anwendung der Rechtseinheitsartikel notwendig erscheint²³. Die verfassungsrechtliche Lage ist heute somit die, dass zur Anwendung der im Bundesprivat- und Bundesstrafrecht enthaltenen Rechtsätze die kantonalen Gerichte berufen sind, soweit in einem Bundesgesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist²⁴. Durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung kann der Bund aber ausserhalb dem Bereiche der Art. 64 und 64 bis BV die Rechtsprechung vollumfänglich dem Bundesgericht übertragen, es sei denn, die Vollziehung des betreffenden Bundesgesetzes sei von Verfassungs wegen Sache der Kantone²⁵. Soweit eine solche Zuweisung durch den Bundesgesetzgeber nicht stattfindet, kann einem bundesrechtlichen Vorbehalt, der die gerichtliche Vollziehung des Bundesrechts den Kantonen überlässt, nur deklaratorische Bedeutung beigelegt werden. Somit weist auch die darin enthaltene Direktive²⁶ an die Kantone zur Schaffung der entsprechenden Behördenorganisation und der notwendigen Verfahrensbestimmungen keinen kompetenzbegründenden Charakter auf, stellt also keine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen dar²⁷.

²² Fleiner/Giacometti 106 f., 847.

²³ Hafer allg. Teil 24 f.

²⁴ Fleiner/Giacometti 107, 847, Fleiner Bundesstaatsrecht 426 f., 48, Sträuli 157, BGE 33 I 798, Huber 9.

²⁵ Burckhardt Kommentar BV 792, Sträuli 24, 157; auf die Unklarheiten in diesem Bereiche weist Weber in der Zeitschrift für schweiz. Strafrecht I 368 hin. Vgl. auch Fleiner 426 f. Einschränkung Schurter/Fritzsche: „Das Zivilprozessrecht der Schweiz“, Zch. 1924, Bd. I, S. 255, 273.

²⁶ Über die verfassungsmässige Zulässigkeit dieser in den eigenen kantonalen Kompetenzbereich übergreifenden bundesrechtlichen Normativvorschriften oben § 6 II.

²⁷ Vgl. hierzu auch Sträuli 157. Anders verhält es sich nur dann, wenn Streitigkeiten aus Bundesverwaltungsgesetzen, deren Vollzug eidgenössischen Behörden obliegt, in den untern Instanzen durch den kantonalen Richter zu entscheiden sind. Hier sind die Kantone von Verfassungs wegen vollständig ausgeschaltet. Einem Vorbehalt zugunsten der Kantone zur Schaffung eines bestimmten Verfahrens und zur Organisation der zuständigen Gerichte ist daher konstitutive Bedeutung beizulegen. Indessen wird in Bundesverwaltungsgesetzen, deren Vollzug dem Bunde obliegt, häufig die Zuständigkeit des kantonalen Richters begründet, ohne dass damit eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen verknüpft wäre. Das Bundesrecht

4. Sind die Kantone auf Grund einer sie zum Vollzug des Bundesrechts ermächtigenden Verfassungsbestimmung befugt, ohne besondere bundesrechtliche Ermächtigung Vollzugsbestimmungen zum Bundesrecht zu erlassen? Dass der Vorbehalt des kantonalen Vollzuges nicht diese Tragweite haben kann, ergibt sich schon daraus, dass der Bundesrat als oberste vollziehende Instanz des Bundes gemäss Art. 102 Ziff. 5 BV ein selbständiges Rechtsverordnungsrecht hinsichtlich des Vollzuges der Bundesgesetze besitzt²⁸. Der Einschränkung²⁹, dass es sich hier lediglich um eine potentielle Kompetenz des Bundesrates handelt, die zu ihrer Aktualisierung einer Delegationsnorm bedürfe, ohne deren Vorhandensein also der Bundesrat von seiner Zuständigkeit nicht Gebrauch machen kann, können wir uns nicht anschliessen. Zwar hat es der Bundesgesetzgeber in der Hand, durch eine entsprechende Ausübung seiner Kompetenz den Bundesrat in seinem selbständigen Rechtsverordnungsrecht mehr oder weniger weitgehend einzuengen³⁰. Wo aber auf eine in alle Einzelheiten gehende Regelung einer Materie verzichtet wurde, ist die Zuständigkeit des Bundesrates zur Betätigung des ihm nach Art. 102 Ziff. 5 BV zustehenden generellen Rechtsverordnungsrechts gegeben. Die in den Schlussbestimmungen zu Bundesgesetzen oft enthaltene Klausel, dass der Bundesrat die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Vollziehungsbestimmungen aufstellen werde, hat daher nicht die Funktion einer Zusammenfassung der über den ganzen Erlass verstreuten einzelnen Hinweise. Diese Klausel beansprucht vielmehr selbständige Bedeutung und ist als Verweis auf die verfassungsmässige Verordnungskompetenz des Bundesrates aufzufassen³¹. Dementsprechend stellen die in einem Bundeserlass enthaltenen speziellen Hinweise auf bundesrätliche Vollziehungsverordnungen lediglich ein Hilfsmittel zur klaren Abgrenzung zwischen Gesetz und Verordnung dar und qualifizieren sich als den Bundesrat bindende Normativvorschriften, ohne im übrigen aber die bundesrätliche Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen im Rahmen des Gesetzes zu limitieren³². Das Verhältnis von Gesetz und Vollziehungsverordnung ist somit ein ähnliches

verweist vielmehr einfach auf die kantonale Gerichtsorganisation und auf das kraft kantonaalem Recht geltende Verfahren. Es findet m. a. W. lediglich eine Erweiterung des Geltungsbereiches kantonalen Rechtsätze statt. Hierzu auch oben § 4 II Anm. 24.

²⁸ Oben § 2 I zu Anm. 6.

²⁹ Fleiner/Giacometti 801 f., Giacometti Kantone 495 f.

³⁰ Fleiner/Giacometti 802, Reymond 34, Roth 82, 92 f.

³¹ Vgl. auch Triepel Delegation 56. Entsprechend auch die Praxis. Vgl. z. B. die Spezialverordnung des Bundesrates zum Art. 21 des Fischereigesetzes über die Verunreinigung von Gewässern, die sich auf die generelle Befugnis zum Erlass von VVO gemäss der Schlussbestimmung Art. 34 BG stützt. Über die Frage der Verfassungsmässigkeit dieser Vollziehungsverordnung oben § 7 III zu Anm. 39.

³² Vgl. auch Roth 90: „Es soll, immer unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse, der objektive Zweck des Gesetzes begleitend sein für den Umfang der Ausführungsverordnung, sie kann alles vorkehren, was zur wirksamen Durchsetzung des Gesetzes nötig ist, aber sie muss sich in seinem Zweckbereiche halten.“

wie dasjenige zwischen zentralstaatlicher und gliedstaatlicher Rechtsetzung im Bereich der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen. Der Richter wird sich daher bei der Kontrolle der bundesrätlichen Vollziehungsverordnungen auf die Prüfung darüber zu beschränken haben, ob diese Verordnungen sich intra legem bewegen, das heisst, ob sie auch wirklich als Vollziehung des betreffenden Bundesgesetzes angesprochen werden können³³.

Wenn aber dem Bundesrat ein solches generelles selbständiges Rechtsverordnungsrecht zusteht, können die Kantone nicht ihrerseits ein entsprechendes Verordnungsrecht in den Materien, deren Vollzug ihnen durch die Bundesverfassung vorbehalten wurde, beanspruchen³⁴. Dass dem nicht so sein kann, ergibt sich schon aus der jeder Rechtsvereinheitlichung zugrunde liegenden ratio. Das Verhältnis der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz oder Bundesbeschluss ist ein solches der Ergänzung. Die Vollziehungsverordnung stellt eine Detaillierung, Entwicklung, Entfaltung des betreffenden Erlasses dar³⁵. Ein solches „Fertigdenken dessen was im Gesetz schon gewollt ist“³⁶, kann den Kantonen als eine generelle Befugnis nicht zugestanden werden³⁷. Denn dadurch würde der Sinn eines Bundesgesetzes weitgehend verfälscht und die Erreichung der angestrebten Rechtsvereinheit zum vornherein verunmöglicht. Eine generelle Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen kann nur dem Bundesrate³⁸ zustehen. Für die kantonale Rechtsetzung kann hier lediglich durch besondere Ermächtigung, durch eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen Raum geschaffen werden. Die Kantone üben in diesem Bereich somit kein selbständiges, sondern ein unselbständiges, spezielles Verordnungsrecht aus³⁹.

Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass sich die den Kantonen vorbehaltenen Vollzugsvorschriften inhaltlich in weitem Masse von den Vollziehungsverordnungen des Bundesrates unterscheiden. Die nähere Entwicklung des Bundeserlasses kann nicht Sache der Kantone sein⁴⁰. Während die Aufgabe des zentralstaatlichen Ordnungsberechtigten ist, ein Bundesgesetz weiter zu detaillieren und ihm zu voller Entfaltung zu verhelfen, sind die Kantone in den meisten Fällen auf den Erlass von Bestimmungen des formellen Rechtes und auf die Anpassung der bundesrechtlichen

³³ Abweichend Fleiner/Giacometti 936 Anm. 11 a.

³⁴ Fleiner/Giacometti 126, Fleiner Institutionen 72, Guhl 95 f., Sträuli 193, Rüegg 86, vgl. auch von Salis V 2153. Das gilt auch für das deutsche Bundesstaatsrecht. Laband II 94 f., Haenel 255 f.

³⁵ Müller 135.

³⁶ Sträuli 192, vgl. auch Giacometti Kantone 489, Fleiner Institutionen 75, Thoma Handbuch II 250.

³⁷ Haenel 252, 256, Laband II 109, vgl. auch Burckhardt I 260/II.

³⁸ Ausnahmsweise auch der Bundesversammlung oder dem Bundesgericht. Hierüber Fleiner/Giacometti 797, 800.

³⁹ Über den Begriff der unselbständigen Rechtsverordnung Fleiner/Giacometti 794 ff.

⁴⁰ Diese Ausführungen gelten natürlich nicht für das Verhältnis der kantonalen zur eidgenössischen Rechtsetzung im Bereich der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen.

Vorschriften an die örtlichen Verhältnisse beschränkt. Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht die Aufteilung der Befugnisse zum Erlass von Vollziehungsvorschriften zwischen Bundesrat und Kantonen in der eidgenössischen Lebensmittelgesetzgebung. Im BG betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen finden sich verschiedene Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen zugunsten der Kantone. Diese Vorbehalte betreffen in weitem Masse Bestimmungen organisatorischer Natur⁴¹. Im Interesse einer gleichmässigen Durchführung des Gesetzes sind diese formell-rechtlichen Vorbehalte von zahlreichen, den kantonalen Gesetzgeber bindenden Normativvorschriften begleitet. Daneben enthält das Gesetz auch Vorbehalte zugunsten des kantonalen materiellen Rechts⁴². Diese Vorbehalte beziehen sich aber meist nur auf ganz bestimmte Einzelfragen⁴³ und besitzen nur in Ausnahmefällen eine grössere Tragweite⁴⁴. Gemäss Art. 56 Abs. 2 unterliegen diese vorbehaltenen kantonalen Vollziehungsbestimmungen der Genehmigung des Bundesrates, so dass trotz der Möglichkeit der Anpassung an die örtlichen Anschauungen und Bedürfnisse, eine dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechende Ausgestaltung dieser kantonalen Bestimmungen erreicht werden kann.

Neben diesen vereinzelt Vorbehalten zugunsten der Kantone, enthält das Bundesgesetz auch mehrere Hinweise spezieller Natur auf zu erlassende bundesrätliche Vollziehungsverordnungen⁴⁵, die zum Teil ihrerseits die Kantone im Gebrauch der ihnen delegierten Rechtsetzungsbefugnisse einzuschränken in der Lage sind, so dass die genaue Reichweite der den Kantonen überlassenen Rechtsetzungsgewalt sich erst aus der bundesrätlichen Vollziehungsverordnung ergibt⁴⁶. Daneben werden aber in Art. 54 ganz allgemein bundesrätliche Verordnungen zur Ausführung des Gesetzes gefordert. Der Bundesrat ist dieser Aufforderung durch den Erlass einer aus 490 Artikeln bestehenden Verordnung und mehrerer Spezialverordnungen zu dem 59 Artikel umfassenden Bundesgesetz nachgekommen. In dieser Verordnung macht der Bundesrat von seiner verfassungsmässigen Vollziehungsbefugnis ausgiebigen Gebrauch, und zwar entwickelt er die im Gesetz mehr oder weniger präzis enthaltenen Grundsätze mit einer den

⁴¹ Vgl. z. B. Lebensmittelgesetz 4, 5/1, 6, 7/1, 8/1.

⁴² Z. B. Lebensmittelgesetz 5/2, 7/5, 8/1.

⁴³ So z. B. Art. 7/5, wonach die Kantone die Fleischschau auf alles zum Genusse bestimmte Fleisch ausdehnen können, diese also nicht auf das dem öffentlichen Konsum zugeführte Fleisch beschränkt bleiben muss. Allerdings ist umstritten, ob diesem Vorbehalt konstitutive Bedeutung beigelegt werden kann. Wir glauben dies in Anbetracht des Wortlautes der Verfassungsbestimmung, die den Bund auf die Gesetzgebung über den Verkehr mit Nahrungs- und Genussmitteln beschränkt, verneinen zu dürfen. A. A. Burckhardt Kommentar BV S. 620.

⁴⁴ Lebensmittelgesetz 5/2, wonach die Obliegenheiten der Lebensmittelinspektoren, allerdings unter Zustimmung des Bundesrates, von den Kantonen festgesetzt werden.

⁴⁵ Z. B. in Lebensmittelgesetz 7/7, 9/2, 13/2.

⁴⁶ Vgl. z. B. Lebensmittelgesetz 5/1 in Verbindung mit 9/2, 5/2 in Verbindung mit 13/2.

Laien manchmal fast erschreckenden Ausführlichkeit⁴⁷. Innerhalb dieser bundesrätlichen Ausführungsverordnung finden sich aber wiederum Vorbehalte zugunsten der Kantone, sei es, dass ihnen gestattet wird, in einer bestimmten Frage über das Bundesrecht hinausgehende Vorschriften aufzustellen⁴⁸, sei es, dass ihnen in bestimmten Fällen die Möglichkeit eingeräumt wird, Ausnahmen von der bundesrechtlichen Regelung zu treffen⁴⁹, diese somit nur subsidiäre Geltung beansprucht. Daneben werden von der Vollziehungsverordnung ganz bestimmte Einzelfragen den Kantonen zur Regelung überlassen⁵⁰. Alle diese kantonalen Vollzugsbestimmungen unterliegen gemäss Art. 488 der Genehmigung des Bundesrates.

Wenn wir nun die Anordnung dieser Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechtes in der Verordnung des Bundesrates einer näheren Betrachtung unterziehen, stellen wir fest, dass diese Delegationen nicht gleichmässig über die verschiedenen Abschnitte der Verordnung verstreut und dass die den Kantonen übertragenen Rechtsetzungsbefugnisse einen ganz unterschiedlichen Umfang aufweisen. So sind z. B. die Kantone hinsichtlich der Vorschriften, die sich mit der Herstellung und dem Vertrieb der Nahrungs- und Genussmittel befassen, die von bestimmten Zentren aus eine Verbreitung über die ganze Schweiz erfahren, fast vollständig ausgeschaltet. So ist die bundesrechtliche Regelung z. B. eine abschliessende in bezug auf die Fleischwaren und Fleischextrakte (Art. 119 ff.), Speiseöle usw. (Art. 113 ff.), Teigwaren (Art. 164 ff.), Diätetische Nahrungsmittel (Art. 180 ff.), alkoholfreie Getränke (Art. 280 ff.), Spirituosen (Art. 390 ff.) usw. Ein gewisser Einfluss auf die rechtliche Normierung ist der kantonalen Gesetzgebung hingegen in bezug auf den Verkehr mit den Lebensmitteln eingeräumt, die meist zum Konsum im Herstellungskanton bestimmt sind⁵¹, oder deren Herstellung für die Volkswirtschaft bestimmter Kantone von überragender Bedeutung ist⁵². Aber auch in diesen Bereichen sind die den Kantonen überlassenen Rechtsetzungsbefugnisse mehr organisatorischer Natur oder erstrecken sich nur auf ganz bestimmte materiellrechtliche Einzelfragen.

Das so gewonnene Bild über die Verteilung der Befugnisse zum Erlass von Vollzugsvorschriften zwischen Bundesrat und Kantonen ergibt sich in grossen Zügen auch in den meisten anderen Gesetzesmaterien, deren Vollzug ganz oder zum Teil den Kantonen überlassen bleibt. Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass die eigentliche Vollziehung der Bundes-

⁴⁷ So in Lebensmittelverordnung 61/2, wo bestimmt wird, dass die Decken und Wände von Ställen der für die Gewinnung von Vorzugsmilch verwendeten Kühe stets reinzuhalten und jährlich zweimal zu wechseln sind.

⁴⁸ Z. B. Lebensmittelverordnung 21/3, 145/2, 147/2, 269, 353/4, 389.

⁴⁹ Lebensmittelverordnung 90, 98/2, 337/2 usw.

⁵⁰ So z. B. Lebensmittelverordnung 31/2, 38, 76/8, 331/2, 338, 341 lit. a.

⁵¹ Vgl. z. B. den Abschnitt über die Brot- und Backwaren, Art. 141 ff.

⁵² Vgl. z. B. die Bestimmungen über die Milch, Art. 39 ff., über Weinmost, Sauer, Wein usw., Art. 331 ff.

gesetze dem Bundesrate obliegt, die kantonale Rechtsetzung auf die Schaffung von Normen organisatorischer Natur und auf den Erlass solcher materieller Rechtsätze beschränkt bleibt, welche die Anpassung des Bundesrechts an die örtlichen Verhältnisse zum Ziele haben. Der Erlass von Vollziehungsvorschriften wird den Kantonen nur so weit überlassen, „als sich dies mit Rücksicht auf die Verschiedenheit ihrer Gewohnheiten, Anschauungen oder Einrichtungen als notwendig oder zweckmässig“ erweist⁵³.

II. In bezug auf die Mehrheit der dem Bund durch die Verfassung zugeschienenen Rechtsgebiete ist der Vollzug der Bundesgesetze verfassungsrechtlich ausdrücklich weder dem Bund noch den Kantonen zugesprochen worden. Einigkeit herrscht in der Doktrin darüber, dass mit der Übertragung der Gesetzgebung in einer bestimmten Materie an den Bund, die Vollziehung dadurch nicht negativ ausgeschlossen werden wollte⁵⁴. Der Bund ist also in den Rechtsgebieten, in welchen er zur Gesetzgebung ermächtigt ist, grundsätzlich auch befugt, die Rechtsverwirklichung seinen eigenen Verwaltungsbehörden zu übertragen. Auch würde es dem Bund, gestützt auf Art. 114 BV, freistehen, mit Ausnahme der Materien, deren Vollzug von Verfassungs wegen Sache der Kantone ist, die gesamte Rechtsprechung in die Hände des Bundesgerichtes zu legen⁵⁵. Aber auch die Befugnis des Bundesgesetzgebers, den Vollzug des Bundesrechts ohne besondere ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung den Kantonen zu überlassen, ist von der Doktrin noch nie in Frage gestellt worden⁵⁶. Hingegen wurde gelegentlich schon zur Diskussion gestellt, ob eine Rechtspflicht der Kantone zur Vollziehung der Bundeserlasse besteht⁵⁷. Dass diese Frage mit einer gewissen Berechtigung gestellt werden kann⁵⁸, ergibt sich aus der finanziellen Mehrbelastung, die für die Kantone mit der Übertragung von Verwaltungsbefugnissen durch den Bund regelmässig verbunden ist. Denn die Sorge für die Finanzierung dieser neuen Verwaltungsaufgaben wird zum überwiegenden Teil den Kantonen still-

⁵³ BGE 53 I 298. Dieser Grundsatz trifft zu für die ausschliesslichen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, nicht aber für die Oberaufsichtsmaterien, für die das Bundesgericht im vorliegenden Fall diese Umschreibung gibt.

⁵⁴ Fleiner/Giacometti 77, 104 f., vgl. auch Burckhardt Kommentar BV 16, Sträuli 25: Diese Vollzugsbefugnis des Bundes lässt sich durch den Schluss vom Zweck auf die Mittel aus den Bundesgesetzgebungskompetenzen gewinnen.

⁵⁵ Hierzu Fleiner/Giacometti 107, namentlich Anm. 36, Sträuli 24 f. Vgl. auch oben I 3.

⁵⁶ Über die Mitwirkung der Kantone an den kriegswirtschaftlichen Massnahmen des Bundes, Lautner I 73 ff.

⁵⁷ Zum folgenden Reichel ZSR Bd. 29 S. 691, Kommentar ZGB SchlT 52 N. 8, Sträuli 212.

⁵⁸ Diese Frage kann aber nur im Hinblick auf die für die Kantone damit verbundene materielle Mehrbelastung aufgeworfen werden, nicht aber hinsichtlich der mit der Überweisung zum Vollzug häufig verbundenen Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen. Denn diese Delegationen stellen Akte der Rechtsetzung dar, die — da verfassungsmässig — für den Delegataren verbindlich sind. Triepel Delegation 29, 127.

schweigend überlassen⁵⁹. Eine solche Verpflichtung der Kantone ist in der Bundesverfassung nirgends ausdrücklich statuiert. Hingegen ergibt sie sich indirekt aus Art. 85 Ziff. 8 und Art. 102 Ziff. 2 und 13 BV, stellt die Verfassung damit doch dem Bund die für die Durchsetzung des Bundesrechts und für die Erzwingung des kantonalen Vollzuges nötigen Mittel zur Verfügung⁶⁰.

In Wirklichkeit wird aber diese Frage, trotz der für die Kantone mit dem Vollzug des Bundesrechts verbundenen finanziellen Opfern, von den Betroffenen gar nicht gestellt. Sie erachten es vielmehr als ihr angestammtes Recht, den Vollzug der Bundesgesetze auf ihrem Gebiet durch ihre eigenen Organe durchführen zu lassen. Dieser, an keiner Stelle unseres Verfassungsrechts ausdrücklich ausgesprochene Grundsatz, ergibt sich ohne weiteres aus der inneren Natur unseres Bundesstaates⁶¹ und hat seine Wurzeln historisch betrachtet in der Zeit des Staatenbundes, da die Tagsatzung ja nicht in der Lage war, den einzelnen Kantonsbürger direkt bindendes Recht zu schaffen und auch über keinen eigenen Verwaltungsapparat verfügte⁶². Die Befolgung dieses von der Bundesverfassung vorausgesetzten⁶³ Grundsatzes scheint heute dringender denn je geboten. Die Dezentralisierung des Vollzuges des Bundesrechts durch Heranziehung der Kantone muss als eigentliches Gegengewicht gegen die immer mehr überhand nehmende Zentralisierung der Rechtsetzung im Bunde und die damit verbundene Schrumpfung des kantonalen Zuständigkeitsbereiches gelten.

Der Bundesgesetzgeber hat denn auch in den meisten Materien, deren Vollzug nicht von Verfassungs wegen der Eidgenossenschaft vorbehalten bleibt, ihn in weitem Umfange den Kantonen zugewiesen⁶⁴. Eine einheitliche Ausscheidung der Vollziehungskompetenzen ist indessen kaum zu finden. In den meisten Materien lässt sich ein direktes Ineinandergreifen von zentralstaatlichem und gliedstaatlichem Vollzug feststellen, wobei die Bundesexekutive in der Regel aber auf die Aufsicht über die Kantone

⁵⁹ Dies gilt auch für den kantonalen Vollzug der Kriegswirtschaftserlasse des Bundes. Lautner I 72 f. Ausdrücklich werden die aus dem Vollzug der Fabrikgesetzgebung entstehenden Kosten den Kantonen überbunden durch Fabrikverordnung 197. Von wem die den Kantonen durch den Vollzug der Bundesgesetzgebung erwachsenen Kosten im innerkantonalen Verhältnis getragen werden, ist eine Frage des kantonalen Staatsrechts. Epidemiegesetz 8/3 muss daher als überflüssig erachtet werden. In gewissen Fällen beteiligt der Bund sich allerdings auch finanziell an der Durchführung dieser Bundesgesetze. Vgl. z. B. KUVG 38, Tierseuchengesetz 25 ff. usw. Dazu auch Fleiner Unitarismus 13.

⁶⁰ Guhl 99.

⁶¹ Haenel 230, oben I zu Anm. 7.

⁶² Guhl 14, 93.

⁶³ Fleiner Bundesstaatsrecht 47, Sträuli 213. Fleiner/Giacometti 67: „Nach der Absicht des Bundesverfassungsgesetzgebers von 1848 und 1874 sollte die Eidgenossenschaft nur diejenigen Angelegenheiten besorgen, zu deren Wahrnehmung die Kantone nicht mehr in der Lage waren.“ Vgl. auch Fleiner Unitarismus 10.

⁶⁴ Vgl. hierzu auch Fleiner/Giacometti 125.

beschränkt bleibt und nur in Ausnahmefällen zur eigentlichen Rechtsanwendung berufen wird⁶⁵.

1. Auch im Bereich der bundesgesetzsmässigen Vollziehungsbefugnis der Kantone stellt sich die Frage nach der Kompetenz der kantonalen Verordnungsberechtigten zum Erlass von Vollziehungsverordnungen. Wie in bezug auf die den Kantonen durch die Bundesverfassung vorbehaltenen Vollzugskompetenzen, sind sie auch hier unbeschränkt zum Erlass von Verwaltungsvorschriften befugt⁶⁶.

2. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls zu untersuchen, inwieweit eine Befugnis der Kantone zum Erlass von Vorschriften des formellen Rechts besteht. Wie bei Vorliegen einer verfassungsmässigen Vollziehungskompetenz, bleibt den Kantonen auch hier in weitem Masse die Schaffung der formellen Ordnung überlassen. Da die Schaffung dieser organisatorischen Normen, gleich wie diejenige der Rechtsätze materieller Natur, in die Kompetenz des Bundesgesetzgebers fällt⁶⁷, können die Kantone sich hier niemals kraft eigenen Rechts, sondern nur gestützt auf eine besondere Delegationsnorm, rechtsetzend betätigen.

3. Selbst wenn der Anspruch der Kantone auf den Vollzug der Bundesgesetzgebung ein verfassungsmässiger ist, steht ihnen ein generelles Recht zum Erlass von Vollziehungsverordnungen nicht zu⁶⁸. Um so weniger kann den Kantonen ein solches allgemeines, selbständiges Rechtsverordnungsrecht zugestanden werden in den Rechtsgebieten, deren Vollzug ihnen nur von Bundesgesetz wegen obliegt.

III. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Bereich des den Kantonen durch die Bundesverfassung oder durch Bundesgesetz zum Vollzug überlassenen Bundesrechts, Rechtsätze im engeren, wie auch im weiteren Sinne⁶⁹, nur auf Grund eines ausdrücklichen Vorbehaltes im betreffenden Bundeserlass ergehen dürfen. Vom Bundesrecht aus betrachtet, besteht eine Differenzierungsmöglichkeit dieser kantonalrechtlichen Normen im Sinne einer Unterteilung in Vollziehungs- und Ergänzungsvorschriften⁷⁰. Denn

⁶⁵ Siehe auch oben I. Über das Zusammenwirken von Bund und Kantonen im Vollzug der kriegswirtschaftlichen Erlasse Lautner I 6f.

⁶⁶ Vgl. oben I 2 Anm. 19.

⁶⁷ Oben I 2.

⁶⁸ Oben I 4.

⁶⁹ Vgl. hierzu oben I 2 Anm. 10.

⁷⁰ Ausgehend von der dargelegten besondern Funktion, welche die Ausführungsvorschriften der Kantone zum Bundesrecht vor dem Normalfall der Vollzugsbestimmungen der Exekutive zu Erlassen der Legislative auszeichnet, gelangt die Doktrin meist zu einer Verneinung jeglichen qualitativen Unterschiedes zwischen kantonalen Ausführungs- und Ergänzungserlassen zum Bundesrecht. Haefel 256, Laband II 109f., Sträuli 196. Vgl. auch Droeven 21f. A. A. Müller 133 Anm. 19. Nach diesem Autor besitzt diese Zweiteilung für das kantonale Staatsrecht eine gewisse Bedeutung, da eine Anzahl kantonalen Verfassungen bestimmten kantonalen Organen die Befugnis zum Erlass der zur Vollziehung des Bundesrechts notwendigen Bestimmungen einräumt. Hierzu oben § 14 II 2a. Doch die Unterteilung der zu einem Bundeserlass ergehenden Normen in solche obligatorischer

generell kann der Erlass von eigentlichen Vollziehungsvorschriften nie Sache der Kantone sein. Gleich wie die eigentlichen kantonalen Ergänzungsvorschriften, treten auch die kantonalen Normen, die der Vollziehung im engeren Sinne des Bundesrechts dienen, in ein Ergänzungsverhältnis zu den bundesrechtlichen Vollzugsbestimmungen.

und fakultativer Natur deckt sich nicht mit derjenigen in primäre und sekundäre Rechtsätze. Wie Müller 133, 135, selbst zugibt, kommen die Kantone zur Sicherstellung des Vollzuges des Bundesrechts öfters auch in die Lage, primäre Normen zu setzen. Ja, in Anbetracht der bereits hervorgehobenen Ergänzungsfunktion dieser kantonalen Rechtsätze wird diesen — abgesehen von den Normen organisatorischer Natur — meist selbständige Bedeutung, also primärer Charakter beizulegen sein. Die Zuständigkeit der betreffenden kantonalen Organe erstreckt sich daher sowohl auf den Erlass von Normen primärer Natur als auch auf solche, die als eigentliche Vollziehungsvorschriften zum Bundesrecht angesprochen werden könnten.

Literatur-Verzeichnis

Zitierweise: Name des Autors mit eventuellem Kennwort.

Dissertationen nur mit Name des Verfassers.

- A n s c h ü t z: Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919, *Kommentar*. 8. Auflage, Berlin 1928.
- B i g g e r, Ernst: Das Prinzip der Trennung der Gewalten im Kanton Uri. Diss. Zürich 1949.
- B l u m e n s t e i n: Die staatsrechtliche Form der kantonalen Einführungsbestimmungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. ZBeJV Bd. 45 S. 241.
- B r o w n, Harry F.: Das Prinzip der Trennung der Gewalten in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts. Diss. Zürich 1933.
- B u r c k h a r d t: *Einführung* in die Rechtswissenschaft. Zürich 1939.
- *Die Organisation* der Rechtsgemeinschaft. 2. Auflage, Zürich 1944.
- *Kommentar* der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. 3. Auflage, Bern 1931.
- Schweizerisches Bundesrecht, Band I—V, Frauenfeld 1930/31 (zitiert: *Burckhardt*).
- Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen. ZBeJV Bd. 68/305 ff. (zitiert: *Kompetenzabgrenzung*).
- B ü t k o f e r, Gottfried: Die Rechtsetzungsbefugnisse der Gemeinden. Diss. Zürich 1950.
- C h r i s t, Werner: Die Genehmigung von Verordnungen der Exekutive durch die Legislative. Diss. Zürich 1945.
- D o e h l: Reichsrecht bricht Landrecht, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F. 12. Band, Tübingen 1927.
- D r o e v e n, Florent: Die Genehmigung kantonalen Gesetze und Verordnungen durch den Bundesrat als Problem des Bundesstaates. Diss. St. Gallen 1950.
- E g g e r: Zum sachlichen *Geltungsbereich* des schweiz. Zivilgesetzbuches, in der Festgabe für den schweiz. Juristenverein. Zürich 1908, S. 166 ff.
- *Kommentar* zum schweizerischen Zivilgesetzbuch.
- F l e i n e r: Bundesstaatliche und gliedstaatliche *Rechtsordnung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 6, Berlin und Leipzig 1929.
- *Institutionen* des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Auflage, Tübingen 1928.
- *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923.
- *Unitarismus* und Föderalismus in der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika, in *Kieler Vorträge*, Heft 34, Jena 1931.
- F l e i n e r / G i a c o m e t t i: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

- G i a c o m e t t i: Über das *Rechtsverordnungsrecht* im schweizerischen Bundesstaat, in Festgabe für Fleiner zum 60. Geburtstag. Tübingen 1927.
- *Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation*, in der Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum schweiz. Juristentag 1928, S. 73 ff.
- *Die Verfassungsgerichtsbarkeit* des schweizerischen Bundesgerichts. Zürich 1933.
- *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis* in der Schweiz. Eidgenossenschaft, in Festgabe Fritz Fleiner 1937, S. 45 ff., Zürich 1937.
- *Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone*. Zürich 1941.
- *Das Vollmachtenregime* der Eidgenossenschaft. Zürich 1945.
- G m ü r: Zivilgesetzbuch und *Gewohnheitsrecht*, in Festgabe für Eugen Huber, Bern 1919.
- *Kommentar* zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.
- G s t r e i n, Hans: *Das Kreisschreiben als Mittel der Bundesaufsicht*. Diss. Zürich 1948.
- G u h l: Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung nach schweizerischem Staatsrecht. Bern 1908.
- H a f t e r: *Das eidgenössische Strafrecht und die Vorbehalte* zugunsten der Kantone im Sinne des Art. 335 des Schweiz. Strafgesetzbuches. ZSR n. F., Bd. 58, S. 10 ff.
- *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 2. Auflage, Bern 1946.
- H ä m m e r l i, Willi: *Das zürcherische Jagdrecht* unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung des Bundes und der übrigen Kantone. Diss. Zürich 1940.
- H a e n e l: *Deutsches Staatsrecht*, Band 1. Leipzig 1892.
- H a t s c h e k: *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*. 2. Auflage, Berlin 1930, Bd. 1.
- H o l l i g e r: Inwieweit darf der Bundesgesetzgeber im schweizerischen Zivilgesetzbuch öffentlich-rechtliche Normen aufstellen? In Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 5, S. 84.
- H u b e r, Harald: *Das Verfahren in Bundesstrafsachen*, die von kantonalen Behörden zu beurteilen sind. Diss. Zürich 1939.
- J e l l i n e k: *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*. Tübingen 1913.
- J o o s, Robert: *Die Entstehung und rechtliche Ausgestaltung der Eidgenössischen Tagsatzung bis zur Reformation*. Diss. Zürich 1925.
- I m b o d e n, Max: *Bundesrecht bricht kantonales Recht*. Diss. Zürich 1940.
- I s l e r, Reinhard: *Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantone auf dem Gebiete der Wasserkraftausnutzung*. Diss. Zürich 1935.
- K e l s e n: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin 1925.
- *Die Bundesexekution*, in Festgabe für Fritz Fleiner, Tübingen 1927, S. 127 ff.
- K u h n e, F.: *Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane*. Diss. Zürich 1941.
- L a b a n d: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 4. Auflage 1901, Bd. II, Tübingen und Leipzig 1901.
- L a u t n e r: *System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts*. Bd. 1, Zürich 1944.
- L u k a s: *Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung*, Korreferat zu Fleiner. Vgl. oben unter „Fleiner“.
- M a r t i: *Das Verordnungsrecht des Bundesrates*. Zürich 1944.
- M a s n a t a: *La délégation de la compétence législative*. Diss. Lausanne 1942.
- M ü l l e r, Otto Heinrich: *Die Verordnungskompetenzen der kantonalen Legislativen*. Diss. Zürich 1942.

- Mutzn er, Raetus: Bundeszivilrecht und kantonales öffentliches Recht. Diss. Zürich 1939.
- Naw i a s k y: Der *Bundesstaat* als Rechtsbegriff. Tübingen 1920.
- *Aufbau* und Begriff der Eidgenossenschaft. St. Gallen 1937.
- Nef: Die *Gewaltenteilung* im Bund, in „Veröffentlichungen der schweiz. Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen“, Heft 12, Einsiedeln/Köln 1949.
- Niederer, René: Die Rechtsverordnung im Kanton St. Gallen. Diss. Zürich 1934.
- Oswald: Die *Gewaltentrennung* im Schweiz. Staatsrecht. ZSR n. F. Bd. 62, S. 404a ff.
- Pestalozzi, Richard: Die Notgesetzgebung. Diss. Zürich 1944.
- Reichel: Referat, gehalten an der Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins 1910, in SZR, Bd. 29, S. 689 ff.
- Reichlin: *Verfassung, Gesetz und Verordnung* im Kanton Schwyz, in Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1943, S. 201 ff.
- Von der bundesstaatlichen *Komplikation* der Rechtsetzung, in Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1949, S. 22 ff.
- Rey mond, O. L.: La Délégation du pouvoir de Légiférer. Diss. Bern 1950.
- Ronca, Hans: Die Kompetenzen des Grossen Rates des Kantons Luzern. Diss. Zürich 1934.
- Rosin: Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen. 2. Auflage, Berlin 1895.
- Roth, Johannes: Das Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates und der Kantonsregierungen. Diss. Zürich 1947.
- Ruegg, Hans: Die Verordnung nach zürcherischem Staatsrecht. Diss. Zürich 1926.
- Salis, v.: Schweizerisches Bundesrecht. 2. Auflage 1903/1904, Bd. I—V.
- Seiler, Wolf: Die Organe der Rechtsetzung im Kanton Graubünden. Diss. Zürich 1939.
- Siegrist, Hans Rudolf: Die selbständige Rechtsverordnungskompetenz der Kantonsregierungen. Diss. Zürich 1939.
- Schläpfer, Adolf: Die Gewaltenteilung in den Kantonen Appenzell Inner- rhoden und Auser rhoden. Diss. Zürich 1948.
- Staudinger: *Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. IV. Band: Einführungsgesetz. 10. Auflage, Berlin und München 1939.
- Staatsrechtslehrertagung: Diskussionsbeiträge zu Fleiners „Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung“. Vgl. oben unter „Fleiner“.
- Sträuli, Hans: Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung. Diss. Zürich 1933.
- Thoma: *Handbuch* des deutschen Staatsrechts. 2. Band, Tübingen 1932.
- Triepel: Die *Reichsaufsicht*, Berlin 1917.
- *Delegation* und Mandat im öffentlichen Recht. Stuttgart und Berlin 1942.
- Ullmer: Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848 bis 1860. Bd. 1 u. 2, Zürich 1862.
- Vetter, Georg: Beziehungen zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht. Diss. Zürich 1920.
- Volkart, Hans: Die Organisationsgewalt im Schweiz. Bundesstaatsrecht. Diss. Zürich 1936.
- Weissen, Karl: Das Walliser Verordnungsrecht. Diss. Zürich 1948.
- Zitelmann: Zum *Grenzstreit* zwischen Reichs- und Landesrecht. Bonn 1902.

Abkürzungs-Verzeichnis

Verzeichnis der verwendeten Gesetzesabkürzungen.

Alkoholgesetz	— BG über die gebrannten Wasser. Vom 21. Juni 1932.
Bankengesetz	= BG über die Banken und Sparkassen. Vom 8. November 1934.
Berufsbildungsgesetz	= BG über die berufliche Ausbildung. Vom 26. Juni 1930.
Beschäftigungsgesetz	— BG über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben. Vom 31. März 1922.
Betäubungsmittelgesetz	= BG betreffend Betäubungsmittel. Vom 2. Oktober 1924.
Eisenbahngesetz	— BG über den Bau und Betrieb der Eisen- bahnen auf dem Gebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft. Vom 23. Dezember 1872.
Eisenbahnhaftpflichtgesetz	= BG betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen und der Post. Vom 28. März 1905.
Elektrizitätsgesetz	= BG betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen. Vom 24. Juni 1902.
Entschuldungsgesetz	— BG über die Entschuldung landwirtschaft- licher Heimwesen. Vom 12. Dezember 1940.
Entschuldungsverordnung	— Verordnung über die Entschuldung landwirt- schaftlicher Heimwesen. Vom 16. November 1945.
Fabrikgesetz	= BG betreffend die Arbeit in den Fabriken. Vom 18. Juni 1914.
Fabrikverordnung	= Verordnung über den Vollzug des BG betr. die Arbeit in den Fabriken. Vom 3. Oktober 1919.
Fischereigesetz	= BG betr. die Fischerei. Vom 21. Dezember 1888.
Forstpolizeigesetz	— BG betr. die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei. Vom 11. Oktober 1902.
Handelsregisterverordnung	— Verordnung über das Handelsregister. Vom 7. Juni 1917.
Handelsreisendengesetz	— BG über die Handelsreisenden. Vom 4. Oktober 1930.

Handelsreisendenanstellungsgesetz	= BG über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden vom 13. Juni 1941.
Handelsstrafgesetz	= BG betr. Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht. Vom 6. Oktober 1923.
Heimarbeitsgesetz	= BG über die Heimarbeit. Vom 12. Dezember 1940.
Heimarbeitsverordnung . . .	= Vollzugsverordnung zum BG über die Heimarbeit. Vom 16. Dezember 1941.
Jagdgesetz	= BG über Jagd und Vogelschutz. Vom 10. Juni 1925.
KUVG	= BG über die Kranken- und Unfallversicherung. Vom 13. Juni 1911.
Lebensmittelgesetz	= BG betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen. Vom 8. Dezember 1905.
Lebensmittelverordnung . . .	= Verordnung über den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen. Vom 26. Mai 1936.
Lotterieggesetz	= BG betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten. Vom 8. Juni 1923.
Markenschutzgesetz	= BG betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen. Vom 26. September 1890.
MFG	= BG über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr. Vom 15. März 1932.
Militärpflichtersatzverordnung	= Verordnung über Vollziehung des BG betreffend den Militärpflichtersatz. Vom 26. Juni 1934.
Mindestaltergesetz	= BG über das Mindestalter der Arbeitnehmer. Vom 24. Juni 1938.
Mindestalterverordnung . . .	= Vollzugsverordnung zum BG über das Mindestalter der Arbeitnehmer. Vom 24. Februar 1940.
MO	= Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Vom 12. April 1907.
Musterschutzgesetz	= BG betr. die gewerblichen Muster und Modelle. Vom 30. März 1900.
OG	= BG über die Organisation der Bundesrechtspflege. Vom 16. Dezember 1943.
OR	= Obligationenrecht. Vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936 / 10. Dezember 1941.
Passverordnung	= Passverordnung. Vom 10. Dezember 1928.
Patentgesetz	= BG betreffend die Erfindungspatente. Vom 21. Juni 1907.
Pfandbriefgesetz	= BG über die Ausgabe von Pfandbriefen. Vom 25. Juni 1930.
Postverkehrsgesetz	= BG betr. den Postverkehr. Vom 2. Oktober 1924.

Prioritätsgesetz	= BG betreffend Prioritätsrechte an Erfindungspatenten und gewerblichen Mustern und Modellen. Vom 3. April 1914.
Referendumsgesetz	= BG betr. Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse. Vom 17. Juni 1874.
Ruhezeitgesetz	= BG. über die wöchentliche Ruhezeit. Vom 26. September 1931.
Ruhezeitverordnung	= Vollziehungsverordnung zum BG über die wöchentliche Ruhezeit. Vom 11. Juni 1934.
SchKG	= BG über Schuldbetreibung und Konkurs. Vom 11. April 1889.
StGB	= Schweizerisches Strafgesetzbuch. Vom 21. Dezember 1937.
Stimmrechtserleichterungsgesetz	= BG betr. Erleichterung der Ausübung des Stimmrechts und Vereinfachung des Wahlverfahrens. Vom 30. März 1900.
Tierseuchengesetz	= BG betreffend die Bekämpfung von Tierseuchen. Vom 13. Juni 1917.
Überschuldungsverordnung	= Verordnung über die Verhütung der Überschuldung landwirtschaftlicher Liegenschaften. Vom 16. November 1945.
Urheberrechtsgesetz	= BG betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst. Vom 7. Dezember 1922.
Versicherungsvertragsgesetz	= BG über den Versicherungsvertrag. Vom 2. April 1908.
Wappenschutzgesetz	= BG zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen. Vom 5. Juni 1931.
Wasserbaupolizeigesetz	= BG betreffend die Wasserbaupolizei im Hochgebirge. Vom 22. Juni 1877.
Wasserrechtsgesetz	= BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte. Vom 22. Dezember 1916.
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Vom 10. Dezember 1907.
Zivilstandsverordnung	= Verordnung über den Zivilstandsdienst. Vom 18. Mai 1928.
Vgl. im übrigen Verzeichnis im Neuen Rechtsbuch der Schweiz, Zürich 1946.	

Übrige Abkürzungen.

BV	= Schweizerische Bundesverfassung
BG	= Bundesgesetz
BB	= Bundesbeschluss
BRB	= Bundesratsbeschluss
VVO	= Vollzugsverordnung
KV	= Kantonsverfassung

RV	= Reichsverfassung
BGE	= Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes
Praxis	= Die Praxis des Bundesgerichtes, Basel 1912 ff.
Verwaltungsentscheide	= Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, 1927 ff.
BBl	= Bundesblatt
ZBeJV	= Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
SJV	= Zeitschrift des Schweizerischen Juristen- vereins
ZSR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Verwaltungskurse	= Veröffentlichungen der Schweiz. Verwaltungs- kurse an der Handels-Hochschule St. Gallen

Lebenslauf.

Am 4. März 1925 geboren, besuchte ich in Zürich die Primar- und Sekundarschule. Nach drei Jahren kaufmännischer Lehre war ich während längerer Zeit als kaufmännischer Angestellter tätig und bereitete mich in Abendkursen auf die kantonale Maturitätsprüfung vor, die ich im Frühjahr 1947 ablegte. Meine juristischen Studien nahm ich im Herbst 1947 in Genf auf. Nach zwei Semestern siedelte ich nach Zürich über. Hier beschloss ich mein Studium mit dem mündlichen Doktorexamen im Mai 1952.

